

**Die Konzentrationskontrolle in Großbritannien
verglichen mit der deutschen
Kartellrechts-Novelle (1973)**

Hans-Peter Uhl

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551924_0010

Die Konzentrationskontrolle in Großbritannien,
=====

verglichen mit der deutschen Kartellrechts-Novelle (1973)
=====

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Hans-Peter Uhl

1974



Referent: Professor Dr. Kraßer
Korreferent: Professor Dr. Fikentscher
Tag der mündlichen Prüfung: 19. Februar 1974

Die Konzentrationskontrolle in Großbritannien,
verglichen mit der deutschen Kartellrechts-Novelle (1973)

Problemstellung	1
Die jüngste Entwicklung der Unternehmenskonzentration	5
In der Bundesrepublik	5
In Großbritannien	8
 1. Teil: <u>Die Konzentrationskontrolle</u> <u>in Großbritannien</u>	 11
§ 1 <u>Die Entwicklung des englischen</u> <u>Kartell- und Monopolrechts</u>	11
I. Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948	12
II. Monopolies and Restrictive Practices Commission Act, 1953	13
III. Restrictive Trade Practices Act, 1956	14
IV. Monopolies and Mergers Act, 1965	15
 § 2 <u>Die Fusionskontrolle im einzelnen</u> <u>nach geltendem Recht</u>	 17
A. <u>Überblick über den prinzipiellen</u> <u>Aufbau des Gesetzes</u>	17
I. Die Weisung des DTI an die Monopolkommission	18
II. Das Gutachten der Monopol- kommission	18
III. Die Eingriffsmaßnahmen des DTI	20

B. <u>Die Vorprüfung des Department of Trade and Industry</u>	21
I. Die politische Entscheidung	21
II. Der Zusammenschlußtatbestand	23
III. Der Wert des übernommenen Vermögensanteils als Aufgreifkriterium	26
IV. Der Monopolstatbestand als Aufgreifkriterium	27
V. Der Untersuchungsauftrag	30
C. <u>Das Gutachten der Monopolkommission</u>	33
I. Die Stellung der Monopolkommission	33
II. Die Überprüfung der Aufgreifkriterien	35
III. Die Bewertung des Zusammenschlusses gemäß den öffentlichen Interessen	37
1. Allgemeines zum Begriff des "public interest"	37
2. Die Auslegungsrichtlinien des § 14 Monopolies and Restrictive Practices Act, 1948	39
3. Allgemeines zum "Report" der Monopolkommission	41
Die Spruchpraxis der Monopolkommission im einzelnen	44
a) Das Rationalisierungs- bzw. Ressourcenargument	45
b) Das Wettbewerbs- oder Marktmachtargument	70
4. Zusammenfassende Übersicht der Bewertungskriterien	89
a) Vorteile einer Fusion	89
b) Nachteile einer Fusion	90
D. <u>Die Eingriffsmaßnahmen des DTI</u>	92

2. Teil: <u>Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle nach deutschem Recht</u>	94
A. <u>Regelung vor Erlaß der Kartellrechts-Novelle</u>	94
B. <u>Überblick über den prinzipiellen Aufbau der gesetzlichen Regelung</u>	97
I. Der Zusammenschlußtatbestand	97
II. Materielle Eingriffskriterien	97
III. Verfahrensfragen	101

C. <u>Wann liegt ein Zusammenschluß vor?</u>	104
D. <u>Materielle Eingriffskriterien</u>	112
I. Die Toleranzklauseln als Aufgreifkriterien	112
II. Der Marktanteil, insbesondere der relevante Markt	117
a) gegenständliche Abgrenzung	119
b) räumliche Abgrenzung	122
c) zeitliche Abgrenzung	127
III. Die marktbeherrschende Stellung	129
a) Allgemeines zum Begriff	129
b) "kein wesentlicher Wettbewerb"	131
aa) Der Marktanteil	135
bb) Die Finanzkraft	136
cc) Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten	138
dd) Verflechtungen mit anderen Unternehmen	140
ee) Rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen	142
c) Der Vermutungstatbestand	145
IV. Die Unternehmensgröße als quantitatives Kriterium, insbesondere bei konglomerater Konzentration	151
E. <u>Die Kompetenzverteilung im Verfahren</u>	159
I. Allgemeines	159
II. Die Kompetenzen des Bundeskartellamtes	160
III. Die Kompetenzen des Bundesministers für Wirtschaft	162
IV. Die Kompetenzen der Monopolkommission	164
V. Zusammenfassende Bewertung der Kompetenzverteilung	165
1. Das Initiativrecht	166
2. Die Analyse	167
3. Die Sachentscheidung des Bundeskartellamtes	169
4. Die Ausnahmeerlaubnis des Bundeswirtschaftsministers	170
5. Die Tätigkeit der Monopolkommission	174

3. Teil: Rechtsvergleichende Gegenüberstellung 178

I. Die Ausgestaltung einer Konzentrationskontrolle als Rechtsaufsicht oder als Wirtschaftslenkung? 178

1. Die Grundmodelle:
Rechtsaufsicht - Wirtschaftslenkung 178
2. Die englische Konzentrationskontrolle
als Wirtschaftslenkung 179
3. Die deutsche Konzentrationskontrolle
als Rechtsaufsicht 181

II. Die Eingriffskriterien einer Konzentrationskontrolle 184

1. Der public interest-Begriff als
Eingriffskriterium 184
 - a) Die Flexibilität 184
 - b) Die Unbestimmtheit 186
 - c) Die Sicherung des Wettbewerbs 188
2. Die marktbeherrschende Stellung als
Eingriffskriterium 190

III. Die Kompetenzverteilung im Verfahren 197

1. Mängel der politischen Lösung 197
2. Die Publizität des Verfahrens 199
3. Die Monopolkommission 202

Verzeichnis der seit 1965 ergangenen
Reports über Zusammenschlußvorhaben 203

Monopolies and Mergers Act, 1965
- Auszüge - 205

Literaturverzeichnis I

Abkürzungsverzeichnis XIV

Problemstellung

Am 14.6.1973 ist das zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom Deutschen Bundestag und am 6.7.73 vom Bundesrat verabschiedet worden. ¹⁾ Der Schwerpunkt dieser Kartellrechts-Novelle (= KNov) ²⁾ liegt in der Einführung einer Fusionskontrolle in das deutsche Kartellrecht. In Großbritannien ist seit dem 5.8.1965 der Monopolies and Mergers Act ³⁾ in Kraft. Eine gesetzliche Regelung zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen besitzen in den westeuropäischen Ländern damit nur Großbritannien und die Bundesrepublik.

Diese beiden Gesetze zur Fusionskontrolle geben Anlaß, sie in einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung näher zu untersuchen. Dabei wird der gesetzestechnische Vergleich zeigen, daß grundsätzlich zwei verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu unterscheiden sind: Der deutsche Gesetzgeber hat sich nach etwa 5-jähriger Vorbereitungszeit und mehreren - teilweise sehr unterschiedlich ausgestalteten - Gesetzesentwürfen ⁴⁾ letztlich für den verwaltungsrechtlichen Weg entschieden. Da man sich bezüglich dieser Lösung nicht von vornherein einig war und insbesondere der erste Referentenentwurf noch weitgehend vom englischen Vorbild geprägt war, sollen auch die der verabschiedeten Kartellrechts-Novelle vorausgegangenen Gesetzesentwürfe und die sich dabei abzeichnende Entwicklung der deutschen Lösung dargestellt werden. Der deutschen Kartellnovelle steht das im englischen Kartellrecht praktizierte politische Kontrollverfahren gegenüber. Deshalb stellt sich die Frage, warum sich der deutsche Gesetzgeber nach ausführlichen Beratungen und Hearings für eine andere Lösung entschied und

1) BT-Drucksache 7/696; Verkündung im BGBI. I 917 vom 4.8.73

2) Eine Übersicht über die gesamten durch die Kartellnovelle erfolgten Änderungen gibt Ebel, NJW 73, 1577 ff und 1665 ff.

3) Monopolies and Mergers Act. 1965, abgedruckt bei Wilbforce, The Law of Trade Practices and Monopolies, Anm. 6, § 2501; ferner in deutscher und englischer Sprache in WuW 72, 300 ff

4) Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 20.3.70 (= RefE I) des Bundeswirtschaftsministeriums der überarbeitete Referentenentwurf vom 28.10.70 (=RefE II) und der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 19.5.71 (= RegE), BT-Drucksache VI/2520

ob die englische Regelung auch in das deutsche Kartellrecht gepasst hätte. Mit Beantwortung dieser Fragen wird zugleich auf die Vor- und Nachteile beider Gesetze eingegangen.

Es soll hier nicht im allgemeinen auf das vielschichtige Problem der Konzentration in der Wirtschaft eingegangen werden; auch können Fragen nach den Ursachen und Formen der Konzentration sowie das Verhältnis von Unternehmenskonzentration und Wettbewerb ganz allgemein hier nicht behandelt werden, da sie den Rahmen einer solchen Arbeit sprengen würden. Nicht die volkswirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Aspekte der Konzentrationsproblematik sollen erörtert werden, sondern nur ihre wettbewerbsrechtlichen Aspekte, soweit sie mit der englischen und deutschen Regelung der Fusionskontrolle in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Das Schwergewicht ist in der Arbeit auf die Kriterien für das staatliche Eingreifen bei Unternehmenszusammenschlüssen und - wegen des inneren Zusammenhanges - auf das Kontrollverfahren gelegt.

Ferner stellt sich die Frage, welche Erfahrungen in Großbritannien mit dem Gesetz zur Fusionskontrolle in den 8 Jahren seines Bestehens gemacht worden sind. Vermochte die englische Fusionskontrolle den Konzentrationsprozeß zu stoppen? Sollte dies nicht der Fall sein, so stellt sich die Frage nach den Ursachen des Versagens: fehlt es an einem tauglichen Gesetz oder an einer konsequenten Konzentrationspolitik? Um zur Effizienz der Konzentrationskontrolle Aussagen machen zu können, bedarf es wenigstens eines zusammenfassenden Überblickes über die jüngste Entwicklung der Unternehmenskonzentration. Um die bisher in Großbritannien vertretene Konzentrationspolitik für den Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse darstellen zu können, soll der Spruchpraxis der für die Beurteilung von Fusionen zuständigen Monopolkommission ein breiter Raum gewidmet werden. Seit Inkrafttreten

des Monopolies and Mergers Act, 1965 hat die Kommission über 16 Fusionsvorhaben entschieden. Bei Darstellung dieser Entscheidungspraxis und insbesondere der Rolle, die das Wirtschaftsministerium im Verfahren spielt, wird sich zeigen, daß sich die englische Konzentrationspolitik bislang durch eine bemerkenswerte Fusionsfreundlichkeit auszeichnet hat. Naturgemäß können im Rahmen einer solchen Arbeit die Ursachen und Motivation für diese Konzentrationspolitik nur angedeutet werden.

Desweiteren stellt sich die Frage, was aus der gesetzlichen Regelung und ihrer Anwendung in Großbritannien für die zukünftige Handhabung der deutschen Fusionskontroll-Normen geschlossen werden kann. Wird das novellierte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Konzentrationsprozeß - soweit er zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt - aufhalten können? Läßt das GWB n.F. ebenso Raum für eine großzügige Fusionskontrolle wie es das englische Gesetz tut? Oder ist das deutsche Gesetz bereits so angelegt, daß eine intensive Kontrolle unumgänglich ist? Wo hat die deutsche Regelung im Vergleich zur englischen Mängel, die bei der Anwendung zu Schwierigkeiten führen werden? Und lassen sich aus den Erfahrungen mit der englischen Lösung Argumente ableiten, die für die deutsche Regelung sprechen?

Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde über den Rechtscharakter der Kartellrechts-Novelle wiederholt von einem Regelungsexperiment gesprochen. Ihre Verfasser selbst sehen die Novelle nicht als eine abgeschlossene Reform des GWB, sondern als ein Experiment, mit dem auf dem Gebiet der Unternehmenszusammenschlüsse erste Erfahrungen gesammelt werden sollen. Dies veranlaßt zu der rechtspolitischen Frage, ob sich aus dem achtjährigen Vorsprung, den das englische Recht besitzt, - trotz der grundsätzlichen Unterschiede - bereits Hinweise für zukünftige Änderungen des deutschen Rechts ergeben.

Nicht zuletzt ist die Gegenüberstellung des englischen und deutschen Gesetzes zur Fusionskontrolle auch im Hinblick auf das EWG-Recht von Interesse. Mit der Verabschiedung der Kartellrechts-Novelle sind Großbritannien und die Bundesrepublik die einzigen europäischen Länder die neben der allseits praktizierten Mißbrauchsaufsicht über ein Gesetz verfügen, das Maßnahmen gegen die Bildung oder die Existenz von Marktmacht vorsieht. Die EG-Kommission hat inzwischen aus der Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der Gemeinschaft, sowie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in Sachen Continental Can ⁵⁾ die Konsequenzen gezogen und dem Ministerrat der EG einen Vorschlag für eine Verordnung einer europäischen Fusionskontrolle vorgelegt. ⁶⁾ Hier wird sich die Kommission auch an den "praktizierten Leitbildern" der beiden Mitgliedsstaaten zu orientieren haben.

5) Vgl. das Urteil des EuGH in Sachen Continental Can vom 21.2.73 - Rechtssache 6/72, NJW 73, S. 966 ff. und 943

6) Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 18.7.73, Kom./73, 1210; vgl. DB 1973, S. 1443.

Die jüngste Entwicklung der Unternehmenskonzentration

In der Bundesrepublik

Die beachtliche Zunahme an Konzentrationsvorgängen, die seit 1968 zu verzeichnen ist, zeigt, daß die Einführung einer Konzentrationskontrolle dringend erforderlich war. Dem Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1971 ⁷⁾ und den neuesten Untersuchungen dieses Amtes über das Jahr 1972 ⁸⁾ sind zur Entwicklung der Konzentration folgende Zahlen zu entnehmen:

	1969	1970	1971	1972
Gesamtzahl der nach § 23 GWB a.F. angezeigten Zusammenschlüsse	168	305	220	269
Gesamtzahl der Zusammenschl. bei denen die beteiligten Unternehmen insgesamt Umsatzerlöse von mehr als 1 Mrd. DM hatten	118	221	158	+
Anzahl der Bagatellfälle i.S.d. § 24, VIII Nr. 2 GWB n.F.	66	145	94	+
Anzahl der unter die Eingriffskriterien des § 24 GWB n.F. fallenden Zusammenschlüsse	52	76	64	93
davon Zusammenschl. an denen mindestens zwei Umsatzmilliardäre beteiligt waren (Folge: § 24 a GWB n.F., präventive Kontrolle)	13	20	17	19

+ Hierüber sind bislang noch keine Zahlen veröffentlicht worden.

Die zunehmende Konzentrationstendenz wird auch durch die folgenden Vergleichszahlen besonders deutlich: Während in den 3 Jahren von 1966 - 68 noch 173 Zusammenschlüsse beim Bundeskartellamt angezeigt wurden, waren es in den darauf-

7) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1971, BT-Drucksache VI/3570, S. 5 ff.

8) WuW-Kurzinformationen in WuW 1973, S. 100

folgenden 3 Jahren von 1969 - 71 693 Zusammenschlüsse. Die Jahre 1969 und 1970 brachten mehr Zusammenschlüsse - 473 - als die 10 Jahre zuvor - 404.-. Die Bundesregierung stellte hierzu fest: 9) Die 50 größten Industrieunternehmen in der BRD (etwa ein Tausendstel der deutschen Unternehmen) vereinigen heute rund 40 % des gesamten Industrieumsatzes auf sich. Setzte sich diese Tendenz fort, so würden 1980 nahezu 3/5 des Industrieumsatzes von den 199 größten Unternehmen beherrscht. 10)

Für das Jahr 1970 wurde vom Bundeskartellamt 11) eine globale Überprüfung der 76 Zusammenschlüsse durchgeführt, die im Sinne des § 24 RegE relevant gewesen wären. Daraus ergab sich, daß in 39 Fällen (= 51,3 %) eine Untersagungsverfügung unwahrscheinlich gewesen wäre. Dagegen sei eine Untersagung in 13 Fällen (= 17,1 %) als möglich und in 8 Fällen (= 10,5 %) als wahrscheinlich angesehen worden. In den restlichen 16 Fällen (= 21,1 %) war eine Untersagungsverfügung ohne eingehende Untersuchung nicht im voraus bestimmbar.

9) Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1971, BT-Drucksache VI/3570, S. III

10) Auf die graduell unterschiedlich verlaufende Konzentrationsbewegung in den EWG-Mitgliedsländern machte eine Studie der Europäischen Gemeinschaft aufmerksam. Derzufolge hat sich die jährliche Zahl der Zusammenschlüsse zwischen 1958 und 1967 in der Bundesrepublik vervierfacht, in Belgien, Frankreich und Italien verdoppelt und in den Niederlanden bis 1965 verzweieinhalbfacht. In der Bundesrepublik erscheine deswegen der Schutz des Wettbewerbs als ein vorrangiges Ziel. Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 27.6.1972

11) Vgl. Tätigkeitsbericht des BKA für 1971, BT-Drucksache VI/3570, S. 9

Derzeit liegen die horizontalen Unternehmenszusammenschlüsse mit 65 % an der Spitze der Konzentrationsformen. Von zunehmender Bedeutung ist die Neugründung als Zusammenschlußform: 1968 = 5, 1969 = 18, 1970 = 49, 1971 = 32, 1972 = 64 Neugründungen. Für die Jahre 1969 bis 1971 ergab eine Analyse, daß 90 % aller angezeigten Zusammenschlüsse auf den Erwerb von Anteilsrechten von bestehenden oder neugegründeten Unternehmen entfielen. In mehr als der Hälfte der Fälle beschränkte man sich auf eine Minderheitsbeteiligung (25 - 50 %). Diese Entwicklung und die Tatsache, daß auch Minderheitsbeteiligungen erhebliche Auswirkungen auf das wettbewerbsrelevante Verhalten haben können, machen diese Kapitalbeteiligung zu einer besonders zu berücksichtigenden Konzentrationsform.

Am Konzentrationsprozeß haben die großen Unternehmen einen überproportionalen Anteil: In den Jahren 1966 - 71 schlossen sich (bezogen auf die "großen Zusammenschlüsse"¹³⁾) 186 Industrieunternehmen, 29 Kreditinstitute und 9 Versicherungen zusammen, wobei das erwerbende Unternehmen jeweils eine Bilanzsumme von über 1 Milliarde DM aufzuweisen hatte. Demgegenüber kam es nur zu 49 Zusammenschlüssen, bei denen das erwerbende Unternehmen unter 1 Milliarde DM Bilanzsumme erreichte.¹⁴⁾

Die Untersuchungen des BKA¹⁵⁾ zeigen auch die sehr unterschiedliche Intensität des Konzentrationsprozesses in den einzelnen Wirtschaftsbereichen. An der Spitze der Konzentrationsentwicklung standen in der Zeit von 1966-71 die Kreditinstitute mit 73 Zusammenschlüssen. Darauf folgte die Chemische Industrie mit 30, die Elektrotechnische Industrie mit 28 und der Maschinenbau mit 24 Zusammenschlüssen. In der Regel erfolgten diese "großen Zusammenschlüsse" zwischen Unternehmen derselben Wirtschaftsbereiche. Ausnahmen sind einige Kreditinstitute, die Unternehmen der Ernährungsindustrie (13 Fälle) und der Bauwirtschaft (8 Fälle) übernahmen, sowie Unternehmen der Elektrotechnischen Industrie, die in 8 Fällen Unternehmen des Maschinenbaus übernahmen.

In Großbritannien

Was den Konzentrationsgrad in Großbritannien anlangt, so ist hier eine mit der BRD vergleichbare Tendenz zu verzeichnen. Der Produktionsanteil der 100 größten Unternehmen ist in den letzten Jahrzehnten von 15 auf 50 % der Gesamterzeugung angestiegen. In der Bundesrepublik wurde dieser Konzentrationsgrad allerdings schon 1969, also vor dem bisher größten Fusionsjahr 1970 erreicht. Mit 80 % im Jahre 1971 waren die horizontalen Zusammenschlüsse (wie in der BRD) noch immer an führender Stelle. Auf vertikale und konglomerate Konzentrationsvorgänge entfielen nur je 10 %.

Das englische Handelsministerium hat im Jahre 1970 eine von der Monopolkommission erarbeitete Studie über die Konzentrationsentwicklung in Großbritannien in den Jahren 1958 - 1968 herausgebracht.¹⁶⁾ Während dieser 11 Jahre ist die Zahl der größeren Unternehmen¹⁷⁾ durch Fusionen um 38 % von 2024 auf 1253 gesunken. Aufgeschlüsselt nach den einzelnen Wirtschaftsbereichen waren die größten Schrumpfungsprozesse in folgenden Branchen erfolgt: Textilindustrie = 88 Unternehmen wurden übernommen (=41 % der 1957 tätigen Unternehmen), Getränkeindustrie = 85 Unternehmen (=63 %), Maschinenbau = 82 Unternehmen (=36 %), Elektroindustrie = 47 Unternehmen (=42 %), Nahrungsmittelindustrie = 46 Unternehmen (=54 %).

-
- 13) Nach der Abgrenzung des BKA liegt ein "großer Zusammenschluß" dann vor, wenn das erworbene Unternehmen eine Bilanzsumme von 25 Millionen DM oder mehr aufweist. Handelt es sich dabei um eine Bank, so gilt eine Bilanzsumme von 150 Millionen DM oder mehr, bei Versicherungsunternehmen dagegen eine jährliche Prämieinnahme von 50 Millionen DM oder mehr. Vgl. Tätigkeitsbericht des BKA für 1970, BT-Drucksache VI/2380, S. 13
- 14) Quelle: Tätigkeitsbericht des BKA für 1971, BT-Drucksache VI/3570, Tabelle 3
- 15) Tätigkeitsbericht für 1971, aaO, Tabelle 4
- 16) A Survey of Mergers, 1958 - 1968, Department of Trade and Industry, 1970 HMSO
- 17) Dabei werden nur Unternehmen berücksichtigt, die 1961 ein Unternehmensvermögen ("net assets") von wenigstens 500.000 Pfund besaßen, hauptsächlich in Großbritannien tätig sind und an einer Börse notiert sind. Unter "net assets" versteht man die Buchwerte des gesamten Anlagevermögens sowie des Umlaufvermögens abzüglich laufender Verbindlichkeiten. Vgl. A Survey of Mergers, aaO, Rdnr. 2

Anzahl der Zusammenschlüsse in der Zeit von 1958-1968¹⁸⁾

	Industrieunter- nehmen		Handel und Dienst- leistungen		Gesamtwirt- schaft		
	I	II	I	II	I	II	insges.
1958/60	109	56	17	22	126	78	204
1961/63	101	52	16	38	117	90	207
1964/65	57	37	10	15	67	52	119
1966	22	26	5	13	27	39	66
1967	36	25	2	12	38	37	75
1968	43	36	8	13	51	49	100
1958/68	368	232	58	113	426	345	771

I = Zusammenschlüsse von Unternehmen die vorwiegend in demselben Wirtschaftsbereich tätig sind.

II = Zusammenschlüsse von Unternehmen die vorwiegend in verschiedenen Wirtschaftsbereichen tätig sind.

Alle Zahlen beziehen sich auf Zusammenschlüsse von größeren Unternehmen iSv Fußnote 17.

Eine Aufschlüsselung der Zusammenschlüsse der Jahre 1958 - 1968 nach der Unternehmensgröße zeigt ein deutliches Ansteigen der Beteiligung von Großunternehmen am gesamten Konzentrationsprozeß. Während 1958/60 die Unternehmen mit einem Gesamtvermögen von mehr als 50 Millionen Pfund nur 10 % der fusionierenden Unternehmen übernommen haben und dadurch 27 % der insgesamt bei Fusionen übernommenen Vermögenswerte (net assets) erworben haben, lagen diese Anteilsziffern 1968 bei derselben Unternehmensgröße bei 38 % bzw. bei 73 %.¹⁹⁾

18) Quelle: A Survey of Mergers, aaO, Rdnr. 6; eine ausführlichere Aufschlüsselung nach Wirtschaftsbereichen, Unternehmensvermögen, Unternehmensgröße etc. findet sich ebenda, Appendix 1 - 13.

19) Eine Gesamtaufstellung ist abgedruckt in: A Survey of Mergers, aaO, Appendix 4

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Konzentrationskontrolle ist das englische Handelsministerium berechtigt, Unternehmenszusammenschlüsse zu überprüfen, durch die ein Marktanteil von wenigstens einem Drittel erreicht wird, oder bei denen Vermögenswerte von wenigstens 5 Millionen Pfund übernommen werden. Aus der bisherigen Tätigkeit des Ministeriums ergibt sich für die Zeit von 1965 - 68 folgendes Bild: 20)

	vom Handelsministerium untersuchte Zusammenschl. davon			an die Monopolkommission verwiesen	
	horizont.	vertik.	konglom.	insges.	
1965	35	8	5	48	1
1966	48	5	5	58	5
1967	83	-	10	93	2
1968	99	3	17	119	2
1965 - 68	265	16	37	318	11

Drei von diesen 11 an die Monopolkommission verwiesenen Fusionsvorhaben wurden von dieser negativ beurteilt.

Diese deutliche Zunahme des Konzentrationsprozesses, die seit der Mitte der sechziger Jahre zu verzeichnen ist, setzte sich auch in den vergangenen 4 Jahren fort und erreichte im Jahre 1972 einen Höhepunkt. Allein im ersten Quartal 1972 registrierte die offizielle Statistik 278 Unternehmenszusammenschlüsse; nach 9 Monaten waren es bereits 675 Unternehmen, die 889 andere für 1,6 Milliarden Pfund erworben hatten. Damit wurde die Konzentrationsentwicklung des Jahres 1971 bereits zu diesem Zeitpunkt um 700 Millionen Pfund übertroffen. 21)

20) Quelle: Board of Trade: Mergers, a guide to Board of Trade practice, London 1969, HMSO, Ziff. 80 ff. Die Zahl der vom Handelsministerium untersuchten Zusammenschlußvorhaben beträgt insgesamt 365, da bei den angegebenen 318 Vorhaben die Fusionsvorhaben von 23 Zeitungen, 12 Banken und 12 Baugenossenschaften nicht enthalten sind. Etwa 4/5 dieser vom Handelsministerium geprüften Zusammenschlußvorhaben wurden auch vollzogen.

21) Vgl. FAZ vom 10.2.73, sowie Die Zeit Nr. 37 vom 15.9.72

Die jüngste Entwicklung²²⁾ veranlaßte die britische Regierung Presseberichten zufolge zu der Ankündigung, zukünftige Fusionsvorhaben einer schärferen Kontrolle zu unterziehen, indem generell mehr Fusionsfälle der Monopolkommission zur Untersuchung vorgelegt werden.²³⁾ Zu diesem Zweck wurde ein Gesetzesentwurf vorgelegt, der das Kriterium der Marktbeherrschung verschärfen soll. Statt wie bisher ein Drittel soll in Zukunft ein Marktanteil von einem Viertel das Aufgreifkriterium der Marktbeherrschung erfüllen.

Teil: Die Konzentrationskontrolle in Großbritannien

§ 1 Die Entwicklung des englischen Kartell- und Monopolrechts.

Bis zum Beginn des ersten Weltkrieges galt die englische Wirtschaft als eine der ausgeprägtesten Wettbewerbswirtschaften der Welt. Eine Kartellgesetzgebung war nicht vorhanden und erschien auch nicht nötig. Die englischen Gerichte wandten bis zu jener Zeit im wesentlichen zwei Rechtsinstitute an, die ihnen das Common Law an die Hand gab:

-
- 22) 1972 wurden vom englischen Handelsministerium 120 Zusammenschlüsse (bzw. Zusammenschlußvorhaben) auf ihre Vereinbarkeit mit dem Monopolies and Mergers Act untersucht. Vgl. Annual Report by the DTI for the year ended 31 st December 1972, HMSO No 156, S. 5
- 23) Nach dem Jahresbericht des DTI für 1972 sollen Zusammenschlußvorhaben deren Auswirkungen nicht eindeutig erkennbar sind in Zukunft im Zweifelsfall einer Untersuchung durch die Monopolkommission zugeführt werden. Gleiches soll für Zusammenschlüsse gelten, deren Ziel lediglich die Erreichung kurzfristiger Vorteile durch "asset stripping" ist, sowie für konglomerate Zusammenschlüsse mit möglichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Vgl. Annual Report by the DTI 1972, S. 4 f.

Mit dem einen konnten die Richter Verträgen ihre Wirksamkeit absprechen, wenn diese gegen das öffentliche Interesse verstießen; und als zweites Mittel hatten sie das Institut "tort of conspiracy" (etwa: unerlaubte Handlung des Komplotts). Hier-nach konnte der Kläger nicht nur Schadenersatz verlangen, sondern auch ein gerichtliches Unterlassungs-~~geb~~ot an den Beklagten erwirken, verknüpft mit einer Haftandrohung. Dies setzte aber voraus, daß der Kläger nachweisen konnte, daß er durch die Absprache mehrerer Personen einen Schaden erlitten hat. ¹⁾ Im übrigen galt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der es den Parteien erlaubte, in ihrem Vertrag alle Regelungen zu treffen, die der Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen dienten. ²⁾

Bis zum Ende des 2. Weltkrieges hatten jedoch wie in den meisten Industrieländern so auch in England - begünstigt durch die Weltwirtschaftskrise - wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Verhaltensweisen ein Ausmaß erreicht, daß eine ernsthafte Gefahr für die Entwicklung der englischen Wettbewerbswirtschaft bestand.

I. Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act. 1948

Das Parlament begegnete diesen Gefahren auf eine für England neue Weise; es verabschiedete im Jahre 1948 den Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act. ³⁾

-
- 1) Die Beklagten konnten sich aber dadurch erfolgreich verteidigen, daß sie ihrerseits nachwiesen; daß ihre Absprache lediglich dazu gedient habe, ein gesetzlich zulässiges Handelsinteresse zu fördern und daß die angewandte Methode - wenn sich ihrer eine Einzelperson bedient - rechtmäßig ist; so entschied das House of Lords in: Mogul SS. Co Ltd. v. Mc Gregor, Gow & Co (1892) A.C. 25 (H.L.); vgl. ferner: Wilberforce, The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, 2. Aufl. 1966, S. 62 f.; Kaufmann/Rautmann, Kommentar zum GWB (Frankfurter Kommentar) Einl., Anhang B, Rdnr. 6; Huffschild, Konzentrationspolitik in England, 1971, S. 21 ff.
 - 2) Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, OECD, Band III, United Kingdom O., S. 3
 - 3) Guide a.a.O., 1. O. S. 1; abgedruckt auch bei Wilberforce: "The Law of Trade Practices and Monopolies", § 1101

Dieses Gesetz schuf die "Monopolies and Restrictive Practices Commission". Die Regierung (bzw. der Board of Trade = Handelsministerium) wurde ermächtigt, dieser Kommission Fälle von Marktbeherrschung oder wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zur Untersuchung vorzulegen. Das setzt voraus, daß mindestens ein Drittel des Angebots, der Verarbeitung oder des Exports von Waren in der Hand eines Unternehmens oder Konzerns liegt. Die Kommission untersucht darauf, ob diese Voraussetzungen vorliegen und - wenn dies der Fall ist - ob darin ein Verstoß gegen das öffentliche Interesse zu sehen ist. Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, daß das öffentliche Interesse verletzt ist, kann das Handelsministerium durch eine vom Parlament zu billigende Verfügung (statutory order) ^{3 a)} bestimmte Gegenmaßnahmen treffen, die - allerdings nicht notwendigerweise - die Kommission in ihrem Report empfohlen hat.

Jedoch waren die Wirkungen, die man sich von diesem Gesetz versprochen hatte, nicht eingetreten. Dies lag einerseits an den mangelnden Kompetenzen des Handelsministeriums und andererseits an der Zusammensetzung der Kommission, die sich als zu klein herausstellte. Sie bestand aus 10 Mitgliedern, von denen 8 nebenberuflich und nur die beiden Vorsitzenden hauptberuflich tätig waren. Da sich diese nur etwa einmal pro Woche trafen, war ihre Berichterstattung unzureichend und langwierig.

II. Monopolies and Restrictive Practices Commission Act. 1953

Um diesem Mißstand abzuhelpen, wurde 1953 der Monopolies and Restrictive Practices Commission Act ⁴⁾ erlassen. Die

3 a) Statutory order ist eine Anordnung der Regierung oder anderer durch ein formelles Gesetz ermächtigter Behörden, die, innerhalb eines im einzelnen vorgeschriebenen Zeitraumes dem Parlament vorgelegt werden muß, um Wirksamkeit zu erlangen. Vgl. allgemein: Statutory Instruments Act. 1948. Als Form der "delegated legislation" ist die statutory order mit einer Rechtsverordnung vergleichbar; sie kann aber auch wie ein Verwaltungsakt einen Einzelfall regeln.

4) Dieses Gesetz ist heute gegenstandslos, da es durch die Gesetze von 1956 und 1965 abgelöst wurde.

Zahl der Kommissionsmitglieder wurde auf 25 erhöht. Dadurch konnten Arbeitsgruppen gebildet werden, die mehrere Untersuchungen zur selben Zeit führen konnten.

III. Restrictive Trade Practices Act, 1956

Aber auch mit dieser Lösung war man nicht zufrieden. So entstand drei Jahre später das zweite englische Wettbewerbsgesetz: der Restrictive Trade Practices Act, 1956⁵⁾. Dieses Gesetz unterwirft Vereinbarungen über die Herstellung, Verarbeitung oder Lieferung von Waren einer Registrierungspflicht, wenn sie Beschränkungen in bezug auf Mengen oder hinsichtlich Preisen und Lieferungsbedingungen oder Marktanteilen enthalten. Dieser Restrictive Trade Practices Act ist in diesem Zusammenhang nur deshalb hervorzuheben, weil er das Vorbild der Royal Commission der vorangegangenen Gesetze verließ und ein gerichtliches Verfahren vorzog. Die Monopolkommission verlor ihre Zuständigkeit für Kartellabsprachen.⁶⁾ Ein Gericht, der "Restrictive Practices Court" untersucht die registrierten Vereinbarungen daraufhin, ob ein Verstoß gegen das öffentliche Interesse vorliegt. Das setzt voraus, daß der Gesetzgeber seinen Willen ausreichend konkret formulierte, um dem Richter klar umrissene Regeln an die Hand zu geben. Da es aber nur um die Regelung von Kartellvereinbarungen ging, konnte der Gesetzgeber dieses Problem dadurch lösen, daß er in § 21 des Gesetzes eine Vermutung aufstellte, wonach die in § 6 genau bezeichneten Vereinbarungen gegen das öffentliche Interesse verstoßen, sofern nicht das Gericht vom Gegenteil überzeugt wird. Der Gesetzgeber wählte also nicht den Weg des grundsätzlichen Verbotes von Kartellen, sondern den der Beweislastumkehr: das oder die betroffenen Unternehmen müssen nachweisen, daß einer der 7 im Gesetz (§ 21, I a - g) aufgezählten Ausnahmetatbestände ("gateways" genannt) zutrifft. Dadurch wurde dem Richter die schwierige Aufgabe abgenommen, nachweisen

5) Guide, aaO, 1. 2; abgedruckt auch bei Wilberforce, aaO, (Anm. 6) § 1103; Übersetzung in WuW 1956, S. 818

6) Die Monopolies and Restrictive Practices Commission wurde wieder umbenannt in Monopolies Commission; die Anzahl der Mitglieder wurde wieder reduziert und es durften fortan keine Arbeitsgruppen mehr gebildet werden.

zu müssen, daß die Vereinbarungen dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen. Auf den weiteren Inhalt dieses Kartellgesetzes soll hier nicht eingegangen werden,⁷⁾ da es nur darum ging, die gesetzestechische Lösung aufzuzeigen, die der englische Gesetzgeber zur Regelung von Kartellvereinbarungen gewählt hat.

IV. Monopolies and Mergers Act, 1965

Bis zu dieser Zeit enthielt das englische Wettbewerbsrecht keine Möglichkeit zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; man hatte sich vielmehr auf die Kontrolle kollektiver Verhaltensweisen, d.h. auf Absprachen etc. beschränkt. Im Jahre 1963 hingegen wurden die Berichte von 2 konservativen Studiengruppen veröffentlicht, der des sog. Poole-Committee⁸⁾ und der Bow-Group.⁹⁾ Diese Berichte befaßten sich sehr eingehend mit den Problemen und verschiedenen Möglichkeiten für eine Intensivierung des bisherigen Kontrollsystems. Darauf aufbauend wurde im März 1965 ein "White Paper on Employment Policy"¹⁰⁾ vorgelegt. Dieses White Paper bildete seinerseits die Grundlage für die Novellierung des Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948 durch den am 5. 8. 1965 erlassenen Monopolies and Mergers Act.¹¹⁾

Die wichtigste Neuerung bestand darin, daß eine Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen -betreffend Waren und Dienstleistungen- eingeführt wurde. Anläßlich der zweiten Lesung dieser Gesetzesvorlage führte der damalige Präsident des Board of Trade, Mr. Douglas Jay, in seiner Begründung aus,¹²⁾ daß dieser Gesetzentwurf als ein Teil eines umfassenden Programms anzusehen sei, die britische Industrie

7) vgl. hierzu u.a.: Jürgen F. Baur: "Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht", Tübingen 1972, S. 9f. und 25ff. sowie Egbert v. Tirpitz: "Zehn Jahre Kartellgericht in England", AWD 1966, S. 294 ff.

8) Poole-Committee über "Monopoly and the Public Interest", herausgeg. vom Conservative Political Centre, London 1963 (C.P.C. Number 270); abgedruckt als Teil II in: "Marktbeherrschung und Konzentration", WuW-Schriftenr., Heft 11, 1965, S. 73 ff.

9) Bow-Group über "Monopolies and Mergers", herausgeg. vom Conserv. Political Centre, London 1963, (C.P.C. Number 273); abgedruckt aaO, S. 9 ff.

elastischer und moderner zu machen. Dabei sollte einerseits ein breiter Sektor privater Unternehmen in der gemischten Wirtschaft des Landes erhalten bleiben. Andererseits sei man der Überzeugung, daß Monopole und Fusionen nicht immer schlecht seien, so daß Konzentrationen, die vom öffentlichen Interesse her wünschenswert seien, gefördert würden.¹³⁾ Doch wenn Zusammenschlüsse großer Unternehmen auch nicht notwendigerweise nachteilig für die Volkswirtschaft seien, so könne doch die Marktmacht eines Riesenunternehmens den Wettbewerb ersticken, oder es könne sein, daß das mächtige Unternehmen zu groß sei, um den wirksamsten Gebrauch von den ihm zur Verfügung stehenden Hilfsquellen zu machen. Bei der Beurteilung all dieser Fälle müsse man sich indessen immer wieder vergegenwärtigen, was Zusammenschlüsse in bestimmten Fällen zur Stärkung der britischen Wirtschaft im In- und Ausland beitragen könnten.

-
- 10) "White Paper on Employment Policy", London 1964
H.M.S.O. Cmd. 2299
 - 11) Monopolies and Mergers Act, 1965, abgedruckt bei Wilberforce, The Law of Trade Practices and Monopolies, (Anm. 6), § 2501; sowie in WuW 1972, S. 300 ff. in deutscher und englischer Sprache.
 - 12) Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons, 29th March 1965, Sp. 1207 ff.; vgl. auch Bierling, WuW 1966, S. 157 (162).
 - 13) Diesem Zweck dient die Industrial Reorganisation Corporation (IRC). Diese Einrichtung wurde geschaffen, um Maßnahmen zur strukturellen Neugliederung der englischen Industrie zu ermutigen und zu unterstützen. Dazu gehört auch die staatliche Förderung von Unternehmenszusammenschlüssen (wo dies geboten erscheint), als komplementäre Maßnahme zu den regulatorischen Eingriffen nach dem Monopolies and Mergers Act. Die IRC, die im Jahre 1967 von einer Labour-Regierung eingerichtet wurde, ist allerdings 1970 von den Konservativen wieder aufgelöst worden, weil sie der Partei mit den Grundsätzen einer freien Wettbewerbswirtschaft nicht vereinbar erschien. Vgl. auch W. Friedmann, Law in a changing society, S. 302 und 309; sowie WuW 1970, S. 778

2 Die Fusionskontrolle im einzelnen nach geltendem Recht

A. Überblick über den prinzipiellen Aufbau des Gesetzes

Naturgemäß stellte sich das Konzentrationsproblem in England mit derselben Ambivalenz, die die Ursache für die bereits dargestellte gesetzestechnische Problematik bildet. Auch hier stehen sich Vorteile und Nachteile der Konzentration in der Wirtschaft gegenüber. Auf der einen Seite wird die in der englischen Wirtschaft unumgängliche strukturelle Neugliederung von der Regierung ermutigt und unterstützt. Auf der anderen Seite sieht man die Notwendigkeit, den Wettbewerb zu erhalten und die Wirtschaft vor einer Vermachtung zu bewahren.

Bei der hier erforderlichen Abwägung wird aber - im Gegensatz zur Bundesrepublik - nicht so sehr von einem Leitbild für eine möglichst ideale Wettbewerbswirtschaft ausgegangen. Vielmehr nennt das englische Handelsministerium als Ziel, die Steigerung des industriellen Ertrages und die Zunahme der internationalen Wettbewerbsfähigkeit.¹⁴⁾ Da es aber angesichts der Verschiedenartigkeit der einzelnen Industriezweige keine einheitliche Unternehmensstruktur geben kann, soll jeder Fusionsfall speziell, empirisch und pragmatisch behandelt werden.

Dies geschieht in drei Phasen: das englische Handelsministerium¹⁵⁾ greift einen Fusionsfall auf und erteilt Weisung an die Monopolkommission, diesen zu prüfen. Daraufhin erstellt die Kommission ein ausführliches Gutachten. Ausgehend von diesem Gutachten trifft dann wiederum das DTI seine Maßnahmen.

14) "The objective is to increase industrial efficiency and international competitiveness." so in: "Mergers", a guide to Board of Trade practice, Rdnr. 1

15) Dieses Ministerium ist von der Konservativen Regierung im Juni 1970 umbenannt worden in Department of Trade and Industry (kurz: DTI). Es hieß zuvor Board of Trade.

I. Die Weisung des DTI an die Monopolkommission:

Nach dem Monopolies and Mergers Act, 1965 besteht für die an einer Fusion beteiligten Unternehmen keine Pflicht, ihren Zusammenschluß anzuzeigen. Das DTI hat aber das Recht, bis zu 6 Monate nach Erlangung der Kenntnis von einem Zusammenschluß, ein Aufsichtsverfahren einzuleiten. Das hat zur Folge, daß es im Interesse der beteiligten Unternehmen selbst liegt, dem Ministerium alsbald Kenntnis von ihrem Vorhaben zu geben. Daran zeigt sich, daß die Frage, ob eine Fusionskontrolle präventiv oder nachträglich erfolgen soll, nicht von entscheidender Bedeutung ist, solange das Gesetz die Möglichkeit vorsieht, die fusionierten Unternehmen wieder zu entflechten.

Entscheidender ist vielmehr die Tatsache, daß das DTI als ein politisches Organ mit der Entscheidungskompetenz betraut wurde. Dieses Department trifft seine Entscheidung nach politischen Gesichtspunkten, die gerichtlich nicht nachprüfbar sind, sondern nur der allgemeinen parlamentarischen Kontrolle unterliegen.

Wenn das DTI feststellt, daß ein Zusammenschluß unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, prüft es die wirtschaftlichen Grundlagen des Falles, die Motive der beteiligten Unternehmen und die verschiedenen Aspekte des öffentlichen Interesses, die für oder gegen die Fusion sprechen. Nach freiem Ermessen erteilt das DTI sodann Weisung an die Monopolkommission, die von sich aus nicht selbständig tätig werden kann. Damit wird diese beauftragt, zu untersuchen, ob eine Monopolsituation im Sinne dieses Gesetzes vorliegt und ob der Zusammenschluß dem "öffentlichen Interesse" zuwiderläuft.

II. Das Gutachten der Monopolkommission:

Die Monopolkommission ist dem DTI angegliedert und besteht aus einem Vorsitzenden und wenigstens 4 höchstens 25 Mitgliedern. Diese werden vom DTI ernannt. Die Monopolkommission stellt gemäß ihrem Auftrag ein umfassendes Gutachten

auf. Dabei hat sie den vom Ministerium gesetzten Zeitpunkt für die Berichterstattung einzuhalten.

In diesem Gutachten stellt die Kommission zunächst sehr ausführlich die Fakten des speziellen Falles dar. Das besagt, daß sie zu prüfen hat, ob eines der beiden "Aufgreifkriterien" des Gesetzes erfüllt ist: ob entweder durch die Fusion eine Monopolstellung geschaffen oder verstärkt wird oder ob der Wert der übernommenen Vermögenswerte 5 Millionen Pfund übersteigt. ¹⁶⁾ Die dazu nötigen Informationen erhält die Kommission, indem sie, nach der Veröffentlichung ihres Gutachterauftrages in der Fachpresse, die beteiligten Parteien auffordert, ihre Stellungnahme abzugeben und zu den auftretenden Streitfragen Beweis anzutreten.

Wenn eines der beiden Kriterien aufgrund dieser Tatsachefeststellung erfüllt ist, trifft die Kommission die wertende Entscheidung, ob durch den Zusammenschluß das "öffentliche Interesse" verletzt ist. ¹⁷⁾ Diese Wertung erfolgt unter Berücksichtigung aller wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte. Da bei den hier auftretenden Zielkonflikten kein Rangverhältnis unter den einzelnen Bewertungskriterien besteht, hängt die Zulässigkeit des Zusammenschlusses jeweils von der Beurteilung des konkreten Einzelfalles ab.

Die Kommission empfiehlt in ihrem Bericht den beteiligten Unternehmen Änderungsvorschläge oder dem Ministerium Eingriffsmaßnahmen, wenn sie in dem Untersuchungsauftrag dazu aufgefordert worden ist. Der so entstandene "Report" wird dem Parlament vorgelegt und dieses ordnet die Veröffentlichung durch die zuständige Stelle (Her Majesty's Stationery Office) an.

16) Vgl. Monopolies and Mergers Act, 1965, § 6 (1) (b) (i) und (ii)

17) Vgl. Monopolies and Mergers Act, 1965, § 6 (2)

III. Die Eingriffsmaßnahmen des DTI:

Das DTI hat nur dann die Möglichkeit, gegen die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses vorzugehen, wenn die Monopolkommission eine Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses festgestellt hat. Bevor aber das Ministerium die gesetzlichen Machtmittel gebraucht, tritt es mit den beteiligten Unternehmen in umfangreiche Verhandlungen ein. Dabei werden freiwillige Abhilfemaßnahmen der Unternehmen vereinbart, die ein staatliches Einschreiten überflüssig machen sollen.

Sollte es dagegen zu keiner Einigung kommen, so gibt das Gesetz¹⁸⁾ dem Ministerium umfangreiche Befugnisse, die es im Verordnungswege wahrnimmt. Diese gehen bis zur Möglichkeit der zwangsweisen Entflechtung. Als geringerer Eingriff kann aber auch angeordnet werden, einige Betätigungsarten aufzugeben oder gewisse Tochterunternehmen zu veräußern. Da das Ministerium in seiner politischen Eigenschaft auch großen Einfluß auf die Legislative hat, kann es den Unternehmen damit drohen, diesbezügliche Gesetzesinitiativen einzureichen, um so weitere Machtmittel zu erhalten.^{18a)} Das Ministerium ist also von beträchtlicher Flexibilität, wenn es darum geht, die Sicherung der öffentlichen Interessen wahrzunehmen.

Die Verordnungen des DTI müssen, in gewissen Fällen bevor¹⁹⁾ die Maßnahmen getroffen werden, in den übrigen Fällen nachträglich, beiden Häusern des Parlaments vorgelegt werden. Und wenn innerhalb von 28 Tagen nicht beide Häuser zugestimmt haben, wird die Verordnung ex nunc unwirksam.

18) vgl. Monopolies and Mergers Act, 1965, § 3 (3) bis (6)

19) vgl. Monopolies and Mergers Act, 1965, § 3 (11) (a) und (b); sowie allgemein oben S. 13, Fn. 3a

18a) So Korah, Monopolies and restrictive practices, 1968, S. 90 ff.

B. Die Vorprüfung des Department of Trade and Industry

I. Die politische Entscheidung:

Das Dilemma des Wettbewerbsrechts zwischen wirtschaftsfördernder Kooperation und der Erhaltung des Wettbewerbs abwägen zu müssen, ist in der Ambivalenz des Konzentrationsprozesses begründet. ²⁰⁾ Das führt dazu, daß einige Autoren die Auffassung vertreten, ²¹⁾ daß angesichts dieser Komplexität dem Problem mit materiellrechtlichen Definitionen nicht beizukommen sei. Als Alternative wird eine politische Lösung angeboten; Rittner ²²⁾ nennt es "eine Art Richtlinienbestimmung von entsprechender "Höhenlage"". So hat sich auch der englische Gesetzgeber im Monopolies and Mergers Act, 1965 für eine Ermächtigungsnorm entschieden, die an ein politisches Organ adressiert ist.

Neben diesen beiden Methoden wurde im Restrictive Trade Practices Act, 1956 ein judikatorischer Weg beschritten. Nicht die Exekutive, sondern ein eigens zu diesem Zweck neu geschaffenes Gericht, der "Restrictive Practices Court" hat unmittelbar das Gesetz anzuwenden. Die Entscheidungsbefugnis einem Gericht zu übertragen, war deswegen angebracht, weil der Restrictive Trade Practices Act nur Kartelle zum Gegenstand hat. Die grundsätzliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Kartellen ist unbestritten. Dies äußert sich im deutschen und amerikanischen Recht in einem Verbotsgroundsatz gegenüber Kartellverträgen und im englischen Recht spricht eine Vermutung für deren Illegalität. ²³⁾

20) vgl. u.a. W. Friedmann, Law in a changing society 2. Aufl. 1972, S. 308: "The basic problem of anti-trust is the definition of the public policy criteria which balance the value of cooperation against the benefits of competition. This is as perennial a problem as it is elusive. Nor can it be answered in absolute terms."

21) vgl. F. Rittner, Der Betrieb 1970, S. 669 ff., 717 ff.

22) Rittner, a.a.O., S. 717, der sich dabei auf Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1969, S. 228 f. beruft.

23) vgl. E. v. Tirpitz, AWD 1966, S. 294 ff. (295)

Dagegen kann es bei einer Fusionskontrolle kein grundsätzliches Verbot von Zusammenschlüssen geben; und nur in Ausnahmefällen wird man von einer Vermutung der Illegalität sprechen können. Es ist demnach ein Werturteil nötig, das in jedem einzelnen Fall durch Abwägung verschiedenster Kriterien gewonnen werden muß.

Wenn man einmal von der judikatorischen Lösung - die Entscheidungsbefugnis einem Gericht zu übertragen - absieht, so ist auch auf dem Gebiet der exekutiven Staatsaufsicht zwischen verschiedenen möglichen Formen zu unterscheiden. Der Gesetzgeber kann mittels konkreter Tatbestände und gesetzlicher Wertungen die Gesetzesanwendende Behörde eng an den von ihm aufgezeichneten Willen binden. Auf der anderen Seite kann der Behörde auch die Befugnis erteilt werden, jeden Einzelfall abwägend zu beurteilen, wobei es der Gesetzgeber bewußt unterläßt, einen Wertmaßstab zu setzen. In diesem Fall wird die Behörde nicht Gesetzesanwendend, sondern politisch gestaltend tätig.

Diese letztere, politische Lösung hat Großbritannien im Monopolies and Mergers Act, 1965 gewählt. Nach diesem Gesetz ist nicht eine einer politischen Instanz untergeordnete Verwaltungsbehörde zuständig, sondern das Ministerium selbst wurde mit den notwendigen Kompetenzen betraut. Dies wird auch besonders an dem 3-stufigen Ablauf der Kontrolle deutlich: das Ministerium greift einen Fusionsfall auf, wobei es ihm freisteht, der Monopolkommission einen Untersuchungsauftrag zu erteilen. Wenn eine Weisung ergangen ist, erstellt die Kommission ein (unpolitisches) Gutachten. Dabei besitzt sie aber keine Machtmittel, ihre Ansichten durchzusetzen. Die entscheidenden Maßnahmen werden darauf von der politischen Instanz, dem Ministerium, getroffen, das an das Gutachten nicht gebunden ist.

II. Der Zusammenschlußstatbestand:

Bei der Definition des Zusammenschlußbegriffes ging es darum, eine möglichst breite, Gesetzesumgehungen verhindernde Ausgangsbasis zu schaffen. Dieser Begriff ist sozusagen die Voraussetzung für eine lückenlose Bestandsaufnahme durch die zuständige Behörde. Die Definition eines Zusammenschlusses ist deswegen notgedrungenerweise etwas kompliziert.

Im Monopolies and Mergers Act wurde dies in § 6 (1) (a) mit folgender Negativdefinition gelöst: "Where it appears to the Board of Trade that it is or may be the fact that two or more enterprises... have... ceased to be distinct enterprises...". Das Gesetz geht also davon aus, daß zwei oder mehr Unternehmen aufgehört haben, als getrennte Unternehmen zu bestehen.²⁵⁾

Der Begriff "enterprise", der im englischen Recht bis dahin nicht verwendet worden war, wird in § 7 (2) erläutert als: "activities or any part of the activities of a trade or business". Also auch hier der Versuch, durch einen weiten Begriff möglichst alle Unternehmen zu erfassen.

Desweiteren gibt § 7 (2) eine Erklärung, wann Unternehmen aufhören, als getrennte zu bestehen. Und zwar werden sie als solche behandelt, wenn sie unter die Herrschaft eines gemeinschaftlichen Eigentümers oder unter einheitliche Kontrolle gelangen ("if... they are brought under common ownership or control"). Dabei ist es unerheblich, ob das Gewerbe oder die Geschäftstätigkeit, die beide vordem ausübten, unter den gleichen oder unter anderen Eigentums- oder Kontrollverhältnissen fortgeführt werden.

Ein Zusammenschluß liegt auch dann vor, wenn eines der Unternehmen seine Geschäftstätigkeit überhaupt einstellt, und zwar als Folge einer Regelung oder eines Rechtsgeschäftes, das geschlossen wurde, um den Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken. Es fällt auf, daß

25) Dabei ist es ausreichend, wenn wenigstens eines der an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen in Großbritannien gewerblich tätig ist, oder unter der Kontrolle einer in Großbritannien eingetragenen Gesellschaft steht.

der englische Gesetzgeber bereits im Rahmen dieses Zusammenschlußtatbestandes ein subjektives Element in die Fusionskontrolle einführt.

Nachdem festgestellt wurde, daß ein Zusammenschluß auch gegeben ist, wenn zwei oder mehr Unternehmen unter einheitliche Kontrolle gelangen, wurde dieser Begriff "common control" in § 7 (3) noch konkretisiert. Danach liegt eine einheitliche Kontrolle vor: zwischen Konzernunternehmen²⁶⁾ und zwischen Kapitalgesellschaften oder sonstigen Unternehmen, die der Kontrolle ein und derselben Person oder Personengruppe unterstehen. Gemäß § 7 (5) ist eine Person oder Personengruppe so zu behandeln als besitze sie die Möglichkeit der Kontrolle über eine Gesellschaft, wenn dieselbe -ohne eine Mehrheitsbeteiligung an dieser zu haben- in der Lage ist, mittelbar oder unmittelbar die Geschäftspolitik der Gesellschaft oder das Verhalten einer Person bei der Führung des Unternehmens zu kontrollieren oder wesentlich zu beeinflussen.

Der englische Gesetzgeber hat selbst daran gedacht, daß das Vorliegen einer "common ownership or control" durch das Verschieben eines Ehegatten oder Verwandten als "Strohmann" verschleiert werden könnte. § 9 bestimmt für diesen Fall, daß solche "associated persons" (= Ehegatten, Verwandte, Verschwägerter und Personen, die gemeinsame wirtschaftliche Interessen vertreten) als miteinander verbunden gelten.²⁷⁾

Die englische Definition des Zusammenschlußtatbestandes ist gewiß sehr weit. Sie umfaßt wie gesagt auch Fälle, in denen nur eine Minderheit des Kapitals eines anderen Unternehmens erworben wird. Es kommt nur darauf an, ob die erwerbende Gesellschaft dadurch in die Lage versetzt wird, die Unternehmenspolitik des anderen zu beeinflussen. Diese Definition erscheint in ihrem Ansatz deswegen als zutreffend, weil sie nicht von starren Kapitalanteilen ausgeht, sondern statt dessen eine wettbewerbsfeindliche Interessenverknüpfung in den Vordergrund rückt.

26) Das Gesetz spricht von "enterprises of interconnected bodies corporate"; dieser Begriff wird definiert durch einen Verweis in § 20 (2) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948 auf § 154 des

Das DTI hat eine Frist von 6 Monaten, beginnend mit dem Tag des Zusammenschlusses, in der es der Monopolkommission den Untersuchungsauftrag erteilen kann. Das britische Gesetz kennt keine Anzeigepflicht für Zusammenschlüsse.²⁸⁾ Da aber diese 6 - Monatsfrist für das DTI erst mit dessen Kenntniserlangung von dem Zusammenschluß zu laufen beginnt, liegt es im Interesse der beteiligten Unternehmen, der Behörde alsbald selbst Kenntnis von ihrem Vorhaben zu geben.

Der Monopolies and Mergers Act versucht schließlich auch eine Umgehung der Fusionskontrolle in der Form der sog. "creeping mergers" zu verhindern. Wenn nämlich in Folge von Rechtsgeschäften oder sukzessiv aufeinander aufgebauten Vereinbarungen zwischen den gleichen Parteien, Unternehmen stufenweise aufhören, als getrennte Unternehmen zu bestehen, dann können gem. § 7 (7) alle diejenigen Zusammenschlüsse, die im Laufe der vergangenen 2 Jahre vollzogen wurden, so behandelt werden, als hätten sie zu dem Zeitpunkt stattgefunden, an dem das letzte dieser Unternehmen aufgehört hat, als getrenntes Unternehmen zu bestehen.²⁹⁾ Diese Bestimmung ist neben ihrer fristenerweiternden Funktion vor allem deswegen von Bedeutung, weil sie die Anwendung des im folgenden Abschnitt zu behandelnden Kriteriums erleichtert. Ein Anteilserwerb in Höhe von 5 Mill. Pfund liegt auch dann vor, wenn mehrere Anteilserwerbe der vergangenen 2 Jahre zusammen diese Summe ergeben.³⁰⁾

Companies Act, 1948. Danach hat ein Konzern eine Tochtergesellschaft, wenn diese Teil des Konzerns ist, und dieser die Zusammensetzung des Vorstands kontrolliert, oder aber wenn der Konzern über die Hälfte des Nennwertes des Aktienkapitals der anderen Gesellschaft besitzt.

27) Vgl. zu den Einzelheiten dieser Regelung, die dem Steuerrecht entlehnt ist, Valentine Korah: "Monopolies and Restrictive Practices", 1968, S. 78 f.

28) Die Regel ist aber, daß die englische Wirtschaftspresse über die Fusionsvorhaben berichtet und die Firmen sich freiwillig an das Ministerium zum Zwecke der Vorprüfung wenden.

29) Um diese etwas umständliche Regelung zu verdeutlichen bringt V. Korah, a.a.O., S. 82 ein Beispiel: Wenn A Ltd. im Januar 1966 einen Teil des Unternehmens von B Ltd. erwirbt, einen weiteren Teil im Januar 1967 und einen dritten Teil im Dezember 1967, dann können alle drei Anteilserwerbungen so behandelt werden, als hätten sie im Dezember 1967 stattgefunden. Das hat zur Folge, daß das DTI bis Juni 1968 Zeit hat, den Untersuchungsauftrag zu erteilen.

30) Vgl. Mergers, a guide to Board of Trade practice, Rdnr. 14

III. Der Wert des übernommenen Vermögensanteils als Aufgreif-
kriterium:

Wenn das DTI von einem Zusammenschluß Kenntnis genommen hat, geht es darum, festzustellen, ob der Fall einer genaueren Untersuchung durch die Monopolkommission zugeführt werden soll. Hierzu mußten sog. Aufgreifkriterien aufgestellt werden, die nicht so sehr die wertende Funktion haben, volkswirtschaftlich wünschenswerte Fusionen von wettbewerbsschädlichen zu trennen; sondern diese Aufgreifkriterien sollen gewissermaßen wie ein Sieb wirken, um irrelevante Zusammenschlüsse von vornherein auszuschneiden. Der englische Gesetzgeber bediente sich dazu zweier Formalkriterien: einmal muß durch den Zusammenschluß ein Marktanteil von einem Drittel erreicht werden, oder alternativ hierzu muß der übernommene Vermögensanteil einen Wert von wenigstens 5 Millionen Pfund haben. ³¹⁾

Da sich das DTI in möglichst kurzer Zeit zu entscheiden hat, ³²⁾, ob es einen Untersuchungsauftrag erteilen soll, versucht es zunächst, zu ermitteln, ob das 5 Millionen Pfund-Kriterium erfüllt ist. Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert keine Marktdefinition und ist deswegen einfacher durchzuführen als die des Monopolkriteriums. Im übrigen wird über Zusammenschlüsse dieser Größenordnung in der Regel in der Wirtschaftspresse berichtet.

Das Ministerium geht von den Rechnungsbeträgen der Geschäftsbücher aus. Danach werden die laufenden Aktiva, der Grundbesitz und der "goodwill", soweit vorhanden, addiert. So bestimmt § 7 (8), daß die Buchwerte unter Berücksichtigung von Abschreibungen, Erneuerungen und Wertminderungen zugrunde zu legen sind. Diese Regelung wird von Korah ³³⁾ kritisiert: er hält es für unrealistisch, diese Buchwerte heranzuziehen, da sie - insbesondere infolge von Ersatzbewertungen während der Fusionsverhandlungen - nicht den Realwerten entsprechen.

31) Monopolies and Mergers Act 1965, § 6 (1) (b) (i) und (ii). Gemäß § 6 (3) kann der Betrag von 5 Mill. Pfund vom Ministerium mittels einer Verfügung, die aufgrund einer Verordnung erlassen wurde, durch einen anderen Betrag ersetzt werden; dies muß aber vor Erteilung des Untersuchungsauftrages an die Kommission geschehen. Eine solche Verordnung kann durch Beschluß eines der beiden Häuser des Parlamentes wieder aufgehoben werden.

Da der Wert der "übernommenen" Vermögensanteile 5 Millionen Pfund übersteigen muß, sind 2 Fälle zu unterscheiden: Wenn eines oder mehrere Unternehmen unter den alten Eigentums- und Kontrollverhältnissen bleiben, sind deren Vermögensanteile nicht zu berücksichtigen. In diesen Fällen zählen nur die Anteile des anderen, übernommenen Unternehmens. Wenn dagegen keine der beteiligten Gesellschaften in den Händen des gleichen Eigentümers oder unter der gleichen Kontrolle bleibt, dann bleiben die Vermögensanteile des größten Unternehmens unberücksichtigt. ³⁴⁾

Wenn dagegen ein Kreditgeber oder ein Abnehmer (z.B. in den Fällen der sog. Nachfragemacht) die Macht über ein Unternehmen gewinnt, um dessen Geschäftspolitik zu beeinflussen, ohne dabei das 5 Millionen Pfund-Kriterium zu erfüllen, so kann dieser Tatbestand vom englischen Monopolies and Mergers Act nicht erfaßt werden; es sei denn, dieser Kreditgeber oder Abnehmer erfüllt das Marktanteilkriterium, auf das nun näher eingegangen werden soll.

IV. Der Monopoltatbestand als Aufgreifkriterium:

Wenn das 5 Millionen Pfund-Kriterium nicht erfüllt ist, prüft das DTI, ob der Zusammenschluß den betreffenden Unternehmen eine Monopolstellung verschafft oder verstärkt. Ein Unternehmer besitzt dann eine Monopolstellung i.S.d. Gesetzes, wenn es Anbieter oder Nachfrager eines Drittels der Waren oder Dienstleistungen ist, die in Großbritannien oder in einem seiner wesentlichen Teile angeboten werden. ³⁵⁾

32) Gemäß § 6 (8) des Gesetzes ist das Ministerium gehalten, seine Entscheidung so schnell wie vernünftigerweise durchführbar zu treffen, um Unsicherheiten der Betroffenen zu vermeiden. Dies gelingt auch in der Regel. 90 % der vom Ministerium bearbeiteten Fälle wurden innerhalb von 3 Wochen und 75 % innerhalb von 2 Wochen auf diese Weise vor-entschieden.

33) Valentine Korah: "Monopolies and Restrictive Practices", S. 83 und S. 32 ff.

34) Die ratio dieser Regelung liegt in der Annahme, daß der größte Betrieb die kleineren "übernimmt." V. Korah, a.a.O., S. 83, weist darauf hin, daß dies zu dem kuriosen Ergebnis

Im englischen Recht der Fusionskontrolle hat dieses Monopolkriterium nie die Bedeutung erlangt, wie im amerikanischen oder deutschen Recht. Die wissenschaftliche Analyse des deutschen Begriffes "Marktbeherrschung" unter einer gegenständlichen, räumlichen und zeitlichen Abgrenzung des Marktbegriffs wurde in diesem Zusammenhang in England nicht durchgeführt. Dafür sind im wesentlichen zwei Gründe vorhanden: Erstens ist die englische Lösung der Fusionskontrolle politisch-pragmatisch und kann als solche auf wissenschaftliche Definitionen dieser Art eher verzichten. Im Rahmen einer maßstabsfreien Wirtschaftsaufsicht trifft das DTI eine politisch-decisionistische Entscheidung.³⁶⁾ Der zweite Grund liegt im Aufbau des Monopolies and Mergers Act: während das amerikanische Recht³⁷⁾ auf dem Monopolbegriff und das deutsche Recht auf dem Begriff der Marktbeherrschung aufbaut und darin ihr Eingriffskriterium sehen, bildet der Monopoltatbestand im englischen Recht nur ein Aufgreifkriterium. Der entscheidende Maßstab ist hier der "public interest"-Begriff, an dem der Zusammenschluß gemessen wird.

Und so finden sich im Monopolies and Mergers Act oder in sonstigen "Guidelines" auch keine ausführlichen Markt- und Monopoldefinitionen wie es sie in den USA gibt.³⁸⁾ Statt dessen stellt das englische Handelsministerium in seinem Mergers-Guide schlicht fest: "For the purposes of the monopoly criterion, it is for the Board to consider how the market and the commodity should be defined in any particular case; with large multi-product companies, one or more of their products may satisfy the monopoly criterion."³⁹⁾

führe, daß der Erwerb eines Unternehmens mit einem Wert von 4 Mill. Pfund durch ein solches mit 10 Mill. Pfund nicht unter das Gesetz fällt, während im umgekehrten Fall das Gesetz zur Anwendung käme. Da dies aber kaum vorkommen wird, halte ich diese scheinbare Ungereimtheit für unerheblich.

35) vgl. die Definition im Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948, § 3 (1)(a), die vom Monopolies and Mergers Act, 1965, § 6 (1)(b)(i) übernommen wurde.

36) vgl. oben § 2, B. I. und Baur: "Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht", 1972, S. 12 f. Auf die Frage der -in der BRD und den USA überaus umstrittenen- gegenständlichen Definition des relevanten Marktes, antwortete ein zuständiger Beamter des DTI gelassen, daß diese Abgrenzung Sache des Ministeriums sei und somit kein Problem darstelle.

Um festzustellen, ob ein Zusammenschluß zu einem Angebots- oder Nachfragemonopol für Waren oder Dienstleistungen führt, prüft das DTI Marktstatistiken, die den gesamten englischen Markt hinsichtlich jener Artikel berücksichtigen, die die fusionswilligen Unternehmen herstellen. Dabei werden vorzugsweise solche Erhebungen herangezogen, die auf dem jeweiligen Markt die englische Gesamtproduktion - abzüglich Export und zuzüglich Import - berücksichtigen. Daneben werden auch vergleichende Statistiken über die Produktion und den Export des jeweiligen Artikels durch die betreffenden Unternehmen geprüft. Wenn es an Zahlenmaterial über den Gesamtmarkt fehlt, beruft sich das DTI auf Marktanteilsschätzungen die auf Marktumfragen gestützt werden.

Der Monopoltatbestand hat im englischen Recht der Fusionskontrolle zwar keine überragende Bedeutung, dennoch entscheidet er in einer Vorauswahl, ob der Zusammenschluß in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Das Kriterium muß also geeignet sein, alle wettbewerbsschädlichen Fusionen zu erfassen. Dies wird von Korah⁴⁰⁾ bezweifelt. Er fordert statt der Voraus^{40a)}setzung des Marktanteils von 1/3 einen niedrigeren Prozentsatz. Im übrigen sieht er eine Gesetzeslücke darin, daß vertikale Zusammenschlüsse nicht ausreichend erfaßt werden können. Wenn nämlich ein Produzent seinen Anbieter oder Abnehmer aufkauft, und dadurch das 5 Mill. Pfund-Kriterium nicht erfüllt wird, dann ist es fraglich ob das Monopolkriterium durchgreift. Denn wenn das übernehmende Unternehmen den Marktanteil von 1/3 bisher noch nicht erreicht hatte, so kommt es unmittelbar durch die vertikale Konzentration zu keiner Erhöhung des Marktanteils. Indessen kann sich der aus dem erleichterten Zugang zu den Rohstoffquellen bzw. Absatzmärkten resultierende Wettbewerbsvorsprung zukünftig in einer Erhöhung des Marktanteils auswirken. Inwieweit diese nur indirekte Folge der vertikalen Konzentration ausreicht, das Aufgreifkriterium zu erfüllen ist ungewiß.

37) vgl. Clayton Act, 1914, Sec. 7

38) Merger Guidelines des US-Departement of Justice, Ziff. 3 (i, ii), abgedruckt bei Günther, Fusionskontrolle, S. 154 f.

39) Mergers, a guide to Board of Trade practice, 1969, Rdnr. 13

40) V. Korah, a.a.O., S. 82 f.

40a) So auch der englische Regierungsentwurf von 1972 zur Verschärfung des Wettbewerbsrechts wonach der Monopoltatbestand bereits bei einem Marktanteil von 1/4 erfüllt sein soll.

V. Der Untersuchungsauftrag:

Kommt das DTI bei der Prüfung der Aufgreifkriterien zu dem Ergebnis, daß diese nicht erfüllt sind, so unternimmt es nichts weiteres in dieser Sache. Vergleicht man die bisher vorliegenden Zahlen, so zeigt sich, daß dies mit Abstand der häufigste Ausgang einer Voruntersuchung ist. Seit Inkrafttreten des Gesetzes am 5. 8. 1965 bis Ende 1968 hat der Board of Trade 365 Zusammenschlüsse vorgeprüft und nur 12 Fälle -also etwas mehr als 3 %- wurden in dieser Zeit der Kommission überwiesen.⁴¹⁾

Wenn jedoch der Zusammenschluß unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, versucht das DTI durch Ermittlung der Motivation der Unternehmer und weiterer Informationen, festzustellen, ob das öffentliche Interesse durch das Vorhaben beeinträchtigt werden könnte. Die dabei aufgeworfenen Fragen können naturgemäß nur sehr cursorisch behandelt werden. Denn das ganze Vorverfahren sollte angesichts der häufig sehr delikaten Fusionsverhandlungen innerhalb von 2 bis 3 Wochen entschieden sein.⁴²⁾

Während dieser Zeit werden die Verhandlungen zwischen den Firmen und dem Ministerium vertraulich behandelt.⁴³⁾ Das DTI legt großen Wert darauf, daß ~~xxx~~ die fusionswilligen Firmen der Geheimhaltung durch die Behörde sicher sein können. Und gewöhnlich wird eine Vorprüfung auch dadurch eingeleitet, daß sich die Finanz- und Rechtsberater dieser Betriebe freiwillig an das Ministerium wenden, mit der Bitte um eine Stellungnahme. So hat sich die Frage, ob eine Fusionskontrolle präventiv oder nachträglich erfolgen sollte, auf diese Weise von selbst gelöst. Das Gesetz erlaubt es dem DTI, den Untersuchungsauftrag der Kommission vor oder nach dem Zusammenschluß zu erteilen.

41) vgl. Mergers, aaO, Rdnr. 78 ff.; da diese Broschüre aus dem Jahre 1969 stammt und seither noch keine neuere Ausgabe erschienen ist, sind dem Verf. die neuesten Zahlen nicht bekannt. Immerhin läßt die Zahl der von der Monopolkommission bis Juli 1972 erstellten Reports -nämlich 16- gewisse Rückschlüsse zu.

42) Das Gesetz verlangt vom DTI in § 6 (8) eine Prüfung: "as soon as reasonably practicable".

43) Zu dieser vertraulichen Vorprüfung ist jedoch zu sagen, daß sich das DTI vorbehält, anders zu entscheiden, wenn im Laufe von weiteren öffentlichen Verhandlungen -vor allem vor der Monopolkommission- neue Tatsachen bekannt werden.

Die Möglichkeit, Fusionsvorhaben in diesem Stadium noch geheimzuhalten und sie dennoch einer staatlichen Vorprüfung unterziehen zu können, erscheint mir sehr bedeutsam. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, bestünde die Gefahr, daß einige Zusammenschlußvorhaben - obwohl sie wegen ihrer strukturbereinigenden Wirkung volkswirtschaftlich begrüßenswert wären - aus Furcht vor den Folgen der vorzeitigen Publizität nicht realisiert werden würden.

Dieses Vorverfahren hat auch noch als weiteren Vorteil den der Flexibilität. Denn viele von den 97 % der Zusammenschlüsse, die voruntersucht und dann nicht an die Kommission überwiesen wurden, wurden dennoch auf eine andere Weise kontrolliert. Statt das aufwendige Gutachterverfahren einzuleiten, ließ sich das Ministerium von den Unternehmen gewisse Versicherungen über ihr zukünftiges Verhalten geben. Dabei verpflichteten sich die Firmen zum Beispiel dazu, mit dem Arbeitsministerium zusammenzuarbeiten, die Gewerkschaften zu konsultieren, die Öffentlichkeit zu unterrichten oder den Export aufrecht zu erhalten. ⁴⁴⁾

Das Gesetz weist die Aufgabe, die Vereinbarkeit der Fusion mit dem öffentlichen Interesse festzustellen, eigentlich nur der Monopolkommission zu. ⁴⁵⁾ Das besagt aber nicht, daß es dem Ministerium nicht erlaubt sei, darüber zu befinden. Vielmehr soll damit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß das DTI die Entscheidung der Kommission nicht präjudizieren kann. Um aber zu prüfen, ob der Zusammenschluß ohne eine intensive Kontrolle durch die Kommission passieren kann, ermittelt das Ministerium, ob mögliche Nachteile für das öffentliche Interesse ersichtlich sind; und wenn dies der Fall ist, ob diese durch ausreichende Vorteile überwogen werden. Auf die Details dieser Fragen soll aber nicht hier eingegangen werden, sondern im nächsten Abschnitt über das Gutachten der Monopolkommission.

44) vgl. Mergers, a.a.O., Rdnr. 72 und 86

45) vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (2)

Entschließt sich das Ministerium zur Vorlage, so veröffentlicht es diese Entscheidung in der Tagespresse, wobei die beteiligten und interessierten Kreise aufgefordert werden, Stellungnahmen hierzu abzugeben.⁴⁶⁾ Und an die Kommission gerichtet, bestimmt es, welches der beiden Aufgreifkriterien zu überprüfen ist,⁴⁷⁾ und in welcher Frist das Gutachten anzufertigen ist.⁴⁸⁾ Hinsichtlich der Überprüfung des Monopolatbestandes kann das Ministerium eine räumliche Marktabgrenzung dergestalt vornehmen, daß die Untersuchung auf einen bestimmten Teil von Großbritannien zu beschränken ist.⁴⁹⁾

Wenn zum Zeitpunkt der Vorlage der Zusammenschluß bereits vollzogen ist, kann das Ministerium bis zum Bericht der Kommission nichts weiter unternehmen. Ist der Zusammenschluß aber noch nicht vollzogen, so hat das DTI kraft Gesetzes⁵⁰⁾ die Möglichkeit, mittels einer sog. "stop-order", den Unternehmen für die Zeit bis zur Berichterstattung jede weitere Maßnahme zur Durchführung der Fusion zu verbieten. Diese vorläufige Maßnahme wurde bisher nur in einem Fall ergriffen.⁵¹⁾ Zumeist stellten die Firmen ihr Fusionsvorhaben freiwillig bis zum Bericht der Kommission zurück. Sollte die Kommission zu dem Ergebnis kommen, daß der Zusammenschluß dem öffentlichen Interesse nicht zuwiderläuft, so verliert eine etwa erlassene "stop order" ihre Wirksamkeit, wenn nicht eine weitere Verfügung nach § 3 des Gesetzes erlassen wird.⁵²⁾

46) vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (1), Satz 2

47) vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (4), 1. Halbsatz

48) Diese Frist muß idR unter 6 Monaten liegen (vgl. § 6 (6) des Gesetzes). Das Ministerium kann aber auf begründeten Antrag der Kommission eine weitere Frist von höchstens 3 Monaten einräumen. In den ersten 12 Fällen, die in der Zeit von 1965 bis 1969 entschieden wurden, gewährte der Board of Trade - je nach Kompliziertheit des Falles - 5 mal eine Frist von 6 Monaten, 4 mal eine Frist von 4 Monaten und 3 mal eine Frist von 3 Monaten. Die von der Kommission benötigte Zeit blieb immer unter der gewährten.

49) vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (4), 2. Halbsatz

50) vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (11) iVm. § 3 (5) u. (7)

51) Bei der beabsichtigten Fusion der Amalgamated Dental Co. Ltd. mit entweder der Dentists' Supply Co. of New York oder der Dental Manufacturing Co. Ltd. erließ der Board of Trade die sog. "standstill order" bezüglich beider Fusionsvorhaben. Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 147, 9th August 1966, Appendix 2, Ziff. (1) und (2).

52) vgl. zu den Einzelheiten § 6 (12) (a) und (b) des Monopolies

C. Das Gutachten der Monopolkommission.

I. Die Stellung der Monopolkommission:

Die Monopolkommission wurde durch den Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948 eingeführt.⁵³⁾ Die verfahrensmäßige Lösung einer Trennung zwischen einer gutachtlich tätigen Kommission und einer daraufhin hoheitlich tätig werdenden Behörde, beruht auf der britischen Tradition der "Royal Commissions". Mit diesen Kommissionen, deren Mitglieder in der Öffentlichkeit hohes Ansehen genießen, haben die Engländer fast durchweg gute Erfahrungen gemacht. Dabei werden diesen Kommissionen einerseits erhebliche Untersuchungsrechte gewährt, andererseits wird ihnen bewußt jedes Machtmittel vorenthalten, das sie befähigen würde, gestalterisch tätig zu werden. Gewöhnlich ist die im Anschluß an einen Kommissionsbericht handelnde Behörde an das Gutachten rechtlich nicht gebunden. Allein der moralische Zwang, der durch die Veröffentlichung des Gutachtens~~s~~ ausgeübt wird, genügt.⁵⁴⁾

Die Beschränkung der Kommissionsaufgaben auf eine reine Gutachtertätigkeit, verbietet es auch, daß sie selbst in einem Fusionsfall die Initiative ergreifen kann. Der Auftrag zur Prüfung, wie auch die Festlegung des Prüfungsgegenstandes müssen vom Ministerium ausgehen. Wenn der Untersuchungsauftrag einmal erteilt ist, hat das DTL keine Befugnisse mehr, solange bis der Bericht ergangen ist. Hier ließe^{sich} fragen, ob es nicht von Vorteil gewesen wäre, der Kommission das Recht zu erteilen, selbst die Initiative zu ergreifen. Denn es läßt sich leicht vorstellen, welchem politischen Druck das Ministerium im konkreten Fall von Seiten der Industrie ausgesetzt sein kann.⁵⁵⁾

and Mergers Act. In dem oben erwähnten Fall (Fußnote 51) brachte die Kommission keine Einwendungen gegen den Zusammenschluß vor. Am 11.8.1966 berichtete der Handelsminister vor dem Unterhaus, daß er das Untersuchungsergebnis akzeptiere und Anweisung gegeben habe, die "stop-order" aufzuheben.

53) In diesem Gesetz wurde sie ihren Aufgaben entsprechend "Monopolies and Restrictive Practices Commission" genannt.

54) vgl. Mestmäcker in ORDO VIII, S. 266

55) In diesem Sinne auch die von Eckstein geäußerten Bedenken, der auf möglichen politischen Druck bei Fusionen z.B. im Bereich der Rüstungsindustrie hinweist. Er empfiehlt des-

Theoretisch könnte dem dadurch abgeholfen werden, daß die gesamte Vorprüfung der unabhängigen Monopolkommission überantwortet wird. Der erwünschte politische Charakter der Fusionskontrolle ginge dabei nicht verloren, da ja im Anschluß an das Gutachten das Ministerium seine politische Entscheidung treffen kann, ohne an die empfohlenen Maßnahmen gebunden zu sein. Dem steht aber entgegen, daß die Vorprüfung aufgrund der großen Zahl der Zusammenschlüsse und der geforderten raschen Entscheidung, die Monopolkommission in ihrer jetzigen Zusammensetzung überfordern würde.

Aber auch die Einräumung eines begrenzten Mitspracherechtes in bezug auf die Erteilung von Aufträgen ⁵⁶⁾ macht Schwierigkeiten. Dies müßte durch eine Modifizierung des grundlegenden § 6 (1) erfolgen, der eine Kannbestimmung ist. ⁵⁷⁾ Diese Vorschrift müßte dann so gefaßt werden, daß die Kommission die Befugnis erhält, Zusammenschlüsse, die nach Ansicht des Ministeriums eines der beiden Aufgreifkriterien erfüllen, aber nicht gegen das öffentliche Interesse verstoßen, dennoch zur Überprüfung an sich zu ziehen. ⁵⁸⁾ Aber die Ausstattung der Kommission mit einem solchen Initiativrecht würde wohl an der fehlenden juristischen und politischen Verantwortlichkeit scheitern.

Was die Zusammensetzung der Kommission anlangt, so sei hier noch folgendes erwähnt: Die Mitglieder werden vom DTI ernannt. Es sind dies sachverständige Männer und Frauen, die aufgrund persönlicher Erfahrungen aus den verschiedensten Bereichen des öffentlichen Lebens ausgewählt werden. In der Monopolkommission waren und sind derzeit: Geschäftsleute, Buchprüfer, Juristen, Volkswirte, Unternehmensberater, Ingenieure, Gewerkschaftler und Beamte im Ruhestand. Zur Erledigung der anfallenden Schreib- und Verwaltungstätigkeiten ist der Kommission ein Personalstab zugeteilt. ⁵⁹⁾

wegen eine automatische Einleitung des Verfahrens. Wolfram Eckstein: "Ökonomische Kriterien für eine Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ...", AWD 1970, S. 2

56) So Charles K. Rowley: "The British Monopolies Commisss", 1966, S. 80: "The Monopolies Commission might well be allowed to initiate inquiries."

57) § 6 (1) des Monopolies and Mergers Act besagt: "Wenn das Handelsministerium der Ansicht ist, daß 2 Unternehmen ... aufgehört haben, als getrennte Unternehmen zu bestehen; und wenn ... (eines der beiden Aufgreifkriterien erfüllt ist) kann das Handelsministerium - wenn es dies für zweckmäßig hält - die Angelegenheit an die Kommission ... verweisen."

II. Die Überprüfung der Aufgreifkriterien:

Nachdem der Untersuchungsauftrag bei der Monopolkommission eingegangen ist, benennt der Vorsitzende eine Gruppe von Kommissionsmitgliedern, die sich mit dem Fall zu befassen haben. Die beteiligten Unternehmen werden aufgefordert, innerhalb von etwa 10 Tagen eine schriftliche Stellungnahme abzugeben. Darin sollen die Umstände und die Gründe für den Zusammenschluß, ein kurzer Abriß der Firmengeschichte und sonstige Angaben, die von Bedeutung sein können, dargelegt werden. Gleichzeitig werden die Unternehmen zu einem "hearing" bei der Kommission geladen; dieses findet bald nach dem Eingang der schriftlichen Stellungnahmen statt. Obwohl das Ministerium den Untersuchungsauftrag in der Presse bereits angezeigt hat, fordert die Kommission ihrerseits auch noch Unternehmen, Personen und Verbände, von denen sie annimmt, daß die betroffenen sind, schriftlich zu Stellungnahmen auf. Diese Betroffenen werden -soweit es erforderlich erscheint- zu gesonderten Anhörungen geladen.⁶⁰⁾

Der Zweck dieser Stellungnahmen und Anhörungen ist es, eine möglichst umfassende Aufklärung über alle die Tatsachen zu erhalten, die mit der Fusion in Zusammenhang stehen. Die erste Anhörung der betroffenen Unternehmen dient dabei vor allem der Beseitigung von Unklarheiten in ihren eigenen Stellungnahmen.

-
- 58) Gegenstand der derzeit beabsichtigten Novellierung des Monopol- und Kartellrechts soll auch eine Erweiterung der Befugnisse der Monopolkommission sein. Danach soll sie zwar das Recht erhalten, von sich aus Vorschläge für die Untersuchung bestimmter Fragen vorzulegen. Jedoch soll auch in diesen Fällen die letzte Entscheidung darüber, ob diese Untersuchung durchgeführt wird, beim Minister bleiben. Vgl. Bierling in WuW 1971, S. 185
- 59) Vgl. zu den Einzelheiten der Ernennung der Mitglieder etc.: Schedule 1: "The Monopolies Commission", abgedruckt bei Günther: "Probleme der Fusionskontrolle", S. 116 ff. Auf die jeweilige Vergrößerung und Verkleinerung der Kommission wurde oben (Entwicklung des Kartell- und Monopolrechts) bereits eingegangen. Seit dem Monopolies and Mergers Act, 1965 kann die Kommission bis zu 25 Mitglieder haben. Dabei kann das DTI in besonderen Fällen durch Verordnung in unbegrenzter Höhe weitere Mitglieder berufen. Derzeit setzt sich die Kommission aus den beiden Vorsitzenden und 17 weiteren Mitgliedern zusammen. Bei den bisher erstellten Gutachten waren jedoch idR nur 7 - 12 Mitglieder beteiligt. Vgl. auch Charles K. Rowley: "The British Monopolies Commission", 1966, S. 51 ff., sowie: Mergers, aaO, Rdnr. 94

Es können aber auch schon hier Fragen gestellt werden, die das öffentliche Interesse berühren, um so den Verfahrensweg zu beschleunigen. Häufig schließt sich darauf ein Briefwechsel zwischen den Parteien und der Kommission an, der mit einer zweiten Anhörung beendet wird. Bei diesem zweiten "hearing" können auch schon Garantien und Zusicherungen erörtert werden, die die fusionswilligen Unternehmen eventuell bereit sind, abzugeben.

Was die Überprüfung des gesetzlichen Tatbestandes anlangt, so hat die Kommission zunächst die Tatsachen festzustellen; ⁶¹⁾ d.h. sie wiederholt die vom Ministerium bereits durchgeführte Untersuchung darüber, ob erstens der Zusammenschlußtatbestand erfüllt ist und zweitens ob eines der beiden Aufgreifkriterien gegeben sind. Dabei wird - wenn das DTI nichts anderes bestimmt hat - der Einfachheit halber vom 5 Millionen Pfund-Kriterium ausgegangen. Und nur falls dieses nicht erfüllt ist, wird ermittelt, ob ein Monopoltatbestand entstehen würde.

Auf die Einzelheiten dieser Prüfung braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden, da der Zusammenschlußtatbestand und die beiden Aufgreifkriterien oben (bei der Vorprüfung durch das Ministerium) bereits eingehend erörtert wurden. Die Bewertung der Fusion in bezug auf die öffentlichen Interessen dagegen ist der Schwerpunkt des Gutachtens. Diese Frage soll im folgenden Kapitel näher beleuchtet werden.

-
- 60) vgl. zum gesamten Verfahren vor der Monopolkommission: "Mergers" - a guide to Board of Trade practice, Chapter VII: "The Commission's procedure in merger cases", Rdnr. 97 - 104
- 61) Der Monopolies and Mergers Act, 1965 spricht in § 6 (2), 1. Halbsatz von einer Tatsachenfeststellung (gemeint sind Zusammenschlußtatbestand und Aufgreifkriterium). Erst wenn diese positiv ausfällt, soll die Kommission das Werturteil am Prüfungsmaßstab des "öffentlichen Interesses" fällen.

III. Die Bewertung des Zusammenschlusses gemäß den öffentlichen Interessen:

1) Allgemeines zum Begriff des "public interest":

Der Zentralbegriff des englischen Monopol- und Kartellrechts ist der des "public interest". Er ist Prüfungsmaßstab und Eingriffskriterium für die Bewertung von Kartellen, für das Marktverhalten von Monopolunternehmen sowie für die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen.⁶²⁾ Was die Fusionskontrolle anlangt, so bestimmt das Gesetz, daß die Kommission prüfen soll, ob der Zusammenschluß einen tatsächlichen oder vermutlichen Verstoß gegen das öffentliche Interesse beinhaltet.⁶³⁾ Eine Definition dessen, was der Gesetzgeber unter dem Begriff "public interest" versteht, sucht man vergebens. Nur in den allgemeinen Ausführungsbestimmungen des § 7⁶⁴⁾ findet sich ein Hinweis. Bei der Überprüfung des öffentlichen Interesses habe die Kommission "alle Angelegenheiten zu berücksichtigen, die unter den besonderen Umständen des betreffenden Falles erheblich erscheinen, und (unter anderem) alle Gesichtspunkte zu beachten, auf die das Ministerium sie von Zeit zu Zeit aufmerksam macht." Damit wurde die Abhängigkeit der Monopolkommission vom Ministerium deutlich ausgesprochen. Nicht nur der Prüfungsgegenstand wird ihr im Untersuchungsauftrag klar vorgegeben, sondern auch der Prüfungsmaßstab, die anzuwendenden Kriterien, werden ihr durch veröffentlichte Ministerial-Anweisungen vorgezeichnet.

Aber auch das DTI ist in seiner Auslegung des "public interest" Begriffes nicht völlig frei. In § 14 des Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948 hat der Gesetzgeber ein Bündel von wirtschaftspolitischen Zielen aufgezählt, die dem Ministerium und der Kommission die Richtung ihrer Kon-

62) Auf die Unterschiede in der Handhabung des public interest-Begriffes durch die Monopolkommission in der Fusionskontrolle einerseits und der Monopolkontrolle andererseits, macht Sutherland aufmerksam. A. Sutherland: "The Monopolies Commission in Action", Cambridge 1970, Part II, Chapter 7, S. 53 f.

63) Vgl. Monopolies and Mergers Act, § 6 (2), 2. Halbsatz: "... whether the fact of the enterprises having ceased to

trollausübung anzeigen sollen. Auf die einzelnen Zielvorstellungen wird im folgenden noch einzugehen sein. Hier sei nur auf den Unterschied hingewiesen zwischen einem nur wettbewerbsorientierten Kriterium (vgl. GWB) und diesem umfassenden Kriterium des "public interest". Dieser Begriff als einziges Eingriffskriterium bietet die Möglichkeit, jede Situation im Lichte ihrer besonderen Umstände zu prüfen. Zugleich werden dadurch die Schwierigkeiten umgangen, die sich im deutschen und amerikanischen Recht durch das Festhalten an Wettbewerbskriterien ergeben.

Da aber zwischen den aufgezählten wirtschaftspolitischen Zielen die das "öffentliche Interesse" verkörpern, keine vom Gesetzgeber festgelegte Rangordnung besteht, bleibt es dem Ministerium und der Kommission überlassen, in welcher Weise sie die auftretenden Zielkonflikte in den verschiedenen Fällen zu lösen gedenken. Diese Entscheidung ist indessen ein politisch-decisionistischer Willensakt,⁶⁵⁾ der sich einer an rechtlichen Kriterien orientierten Nachprüfbarkeit entzieht. Es handelt sich hier um maßstabsfreie Aufsicht, um Akte der Wirtschaftslenkung.⁶⁶⁾

Dieser Lösung haftet naturgemäß der Nachteil der Rechtsunsicherheit der betroffenen Unternehmen an. Durch mehrjährige Entscheidungspraxis der Kommission konnte es zwar zu einer Konkretisierung der anzuwendenden Zielvorstellungen kommen; dennoch wird die Bildung eines festen Aufsichtsmaßstabes bei diesem

be distinct enterprises operates or may be expected to operate against the public interest;"

64) Monopolies and Mergers Act, 1965, § 7 (10)

65) so Baur: "Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht", 1972, S. 12 ff. (13), der die Auswirkungen dieser Monopolpolitik auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit aufzeigt: Aus dem Mangel an feststehenden Kriterien folge die Unvorhersehbarkeit der staatlichen Entscheidung. Die Grenzziehung zwischen unternehmerischer Eigenverantwortlichkeit und staatlicher Intervention werde weitgehend zugunsten des Staates verschoben. Vermöge dieser Eingliederung der Unternehmen in die staatliche Wirtschaftsplanung werde durch direkte Eingriffe die unternehmerische Einzelplanung gesteuert.

66) Diese politische Lösung war von der damaligen Labourregierung ganz bewußt gewählt worden. Darüber hinaus wollte die Labour Party die privaten Monopole auf die gleiche Stufe stellen wie die sozialisierten Industrien, die bereits

System nicht zu erreichen sein.⁶⁷⁾ So blieb die Kritik am "public interest"-Kriterium auch nicht aus. Es sei für den Geschäftsmann unvorhersehbar, welche Umstände und Verhaltensweisen als Verstoß gegen das öffentliche Interesse angesehen werden.⁶⁸⁾ Die Richtlinien des § 14 des Gesetzes von 1948 sind sogar als eine "Aneinanderreihung nutzloser Gemeinplätze" bezeichnet worden, welche "der Kommission jeden Raum läßt, den Sachverhalt an ihren eigenen Auffassungen darüber zu messen, was wirtschaftlich und sozial zu wünschen ist."⁶⁹⁾

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese Kritik berechtigt ist, bzw. ob der "public interest"-Begriff mittlerweile ausreichende Konturen angenommen hat, um als wirksame und aussagekräftiges Eingriffskriterium in einer Fusionskontrolle Verwendung zu finden.

2) Die Auslegungsrichtlinien des § 14 Monopolies and Restrictive Practices Act, 1948:

Der Gesetzgeber deutet in dieser Vorschrift⁷⁰⁾ das Kriterium des "public interest" als einen Auftrag, alle Umstände des Einzelfalles in ihrer Auswirkung auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des Vereinigten Königreichs in Betracht zu ziehen. Hierbei sollen folgende Ziele berücksichtigt werden:

- a) Das Erfordernis einer rationellen Produktion, Verarbeitung und Verteilung von Wirtschaftsgütern in solchen Typen, Qualitäten, Mengen und zu solchen Preisen, die eine bestmögliche Versorgung des Binnenmarktes und ausländischer Märkte gewährleisten.

einer nach politischen Gesichtspunkten orientierten Planwirtschaft zugeführt worden waren. Vgl. Mestmäcker, ORDO VIII, S. 265, der diese Absichten mit Nachweisen aus Unterhausdebatten belegt: Debates, House of Commons, Vol. 449 No. 105 vom 22.4.1948, S. 2032

67) vgl. hierzu P. Häberle: "Öffentliches Interesse als juristisches Problem", 1970. Er bezeichnet als einen "pluralistischen Typus von Gemeinwohlklauseln" jene Vorschriften, in denen eine Vielzahl von einzelnen Gesichtspunkten öff. Interesses erschöpfend oder beispielhaft tatbestandlich normiert sind. (Häberle, S. 54). Ein Vorteil dieses pluralistischen Gemeinwohltypus besteht in dem deutlichen Hinweis

- b) Die Herstellung und Aufrechterhaltung einer Wirtschaftsstruktur, die zu einer progressiven Erhöhung der Leistungsfähigkeit von Industrie und Handel führt und die einen Anreiz für die Gründung neuer Unternehmen bietet.
- c) Die Gewährleistung eines optimalen Einsatzes der Arbeitskräfte und Produktionsmittel im Vereinigten Königreich und
- d) die Steigerung des technischen Fortschritts sowie die Ausweitung bestehender und die Öffnung neuer Märkte.

Es handelt sich hier um eine beispielhafte Aufzählung von wirtschaftspolitischen Zielen, wachstums-, struktur- und verteilungspolitischer Art: es sind Rationalisierungsgesichtspunkte zu beachten, daneben wird die Offenhaltung bestehender und die Schaffung neuer Märkte gefordert; die Vollbeschäftigung soll gesichert und die optimale Nutzung der Ressourcen gewährleistet sein; der technische Fortschritt soll gefördert werden.

Rowley,⁷¹⁾ der diese konkretisierenden Tatbestände als voll von Definitionsproblemen ansieht, meinte, daß sie der Monopolkommission kaum eine Hilfe sein werden. Aber er will damit keine Kritik am Gesetz anbringen, da er davon ausgeht, daß die Unsicherheit des Gesetzgebers hinsichtlich der Normierung von Eingriffskriterien unvermeidlich ist.⁷²⁾ Er hält es für unrealistisch, wenn man verlangen wollte, daß der Gesetzgeber unter diesen Umständen genaue Grenzen der Kontrolltätigkeit der Kommission hätte aufstellen müssen.

des Gesetzgebers, daß er bewußt eine Vielzahl von Gesichtspunkten öff. Interesses berücksichtigt sehen will; dieser Typus stellt ein Bekenntnis zum öffentlichen Pluralismus dar. Die Nachteile sind u.a. darin zu sehen, daß sich die Hilflosigkeit des Gesetzgebers, selbst normativ hinreichend deutliche Gesichtspunkte herauszustellen, darin dokumentiert, daß er die Flucht in unscharfe Gemeinwohlstatbestände sucht (Häberle, S. 57 f.).

68) vgl. Bierling, WRP 1970. S. 43

69) so John Jewkes, zitiert bei F. D. Boggis, WuW 1962, S. 810

70) § 14 (a) - (d) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948, abgedruckt bei V. Korah, aaO, S. 222; C. Allen, aaO, S. 166;

71) Rowley, aaO, S. 72

72) vgl. oben Häberle, aaO, S. 57; Rowley, aaO, S. 72 weist darauf hin, daß der englische Gesetzgeber bewußt eine maßstabsfreie, politische Kontrolle schaffen wollte. Ursprünglich sollte nach den Vorstellungen der regierenden Labour-Party der "public interest"-Begriff gar nicht interpretiert werden; erst auf Drängen der Opposition seien die "guiding lights" des § 14 in das Gesetz aufgenommen worden.

Unabhängig von dieser anscheinend unvermeidlichen Unbestimmtheit der in § 14 angeführten Tatbestände tritt für die rechtsanwendende Behörde noch ein weiteres Problem auf. Der Kommission wird zur Aufgabe gemacht, bei jedem zu bewertenden Zusammenschluß die dabei entstehenden Konflikte zwischen den widerstreitenden, in § 14 angedeuteten Zielvorstellungen zu lösen. Das Gesetz verzichtet bewußt auf die Einhaltung einer Rangordnung innerhalb der angeführten Ziele. Aber auch der Wohlfahrtsökonomie ist es bisher noch nicht gelungen, eine Rangordnung aufzustellen, die eine gleichmäßige Lösung auftretender Zielkonflikte ermöglichen würde. 73)

Es soll deswegen im folgenden erörtert werden, wie die Monopolkommission von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat und welchen Teilaspekten des umfassenden "public interest" - Begriffs sie im jeweiligen Fall den Vorzug gab. Dies geschieht am besten durch eine nähere Betrachtung der bisher erschienenen Reports. 74)

3) Allgemeines zum "Report" der Monopolkommission:

Nachdem der Bericht von der Kommission fertiggestellt worden ist, legt sie ihn dem DTI vor. Die ersten Kapitel sind den beteiligten Unternehmen gewidmet, ihrer geschichtlichen Entwicklung, ihren Tätigkeiten und ihrer wirtschaftlichen Situation. Begonnen wird meist mit der Darstellung der Tatsachen, die zu dem Untersuchungsauftrag geführt haben. Danach wird der wirtschaftliche Hintergrund beleuchtet, vor dem die Fusion stattfindet; d.h. die Situation der Wettbewerber in dieser Branche, die jeweiligen Marktanteile, die Importe und Exporte und die Substitutionskonkurrenz werden kurz angesprochen. In den folgenden beiden Kapiteln befaßt sich die Kommission mit den

73) Albert, Das Werturteilsproblem im Lichte der logischen Analyse, in Grundlagen der Wirtschaftspolitik, S. 25 ff. (41), zitiert bei Baur, a.a.O., S. 13

74) Vgl. die im Anhang angeführte Liste, die diejenigen Kommissionsberichte enthält, deren Anlaß die Prüfung eines Zusammenschlusses war.

fusionswilligen Parteien. Dabei werden Fragen angesprochen wie die geschichtliche Entwicklung, die Unternehmensstruktur, die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, die Produktion, der Absatz und die Marketing-Methoden, die Beziehungen zwischen der Firma und ihren Arbeitnehmern und die Unternehmensbilanz. Die dazu erforderlichen Informationen stammen im wesentlichen von den Unternehmen selbst.

Es folgen die Stellungnahmen und Einwendungen, die von dritter Seite gemacht worden sind. Dabei wird berichtet, wieviele Anhörungen abgehalten wurden und wer dabei zu Wort gekommen ist. Es sind dies meist Ministerien, zuständige Behörden, private Interessenverbände und Gewerkschaften. Zuletzt wird noch eine Zusammenfassung von Briefen gegeben, die von einzelnen Firmen und Privatunternehmen eingegangen sind.

In einem weiteren Kapitel schließen sich die Darstellungen der Unternehmen zu dem Zusammenschluß selbst an. Vorwiegend werden die Gründe angegeben, die für die Fusion sprechen. Dagegen ist es auch möglich, daß eine Firma, die gegen ihren Willen übernommen werden soll, Gegenargumente vorträgt. Zumeist wird auf Kostenersparnisse und verstärkte Forschung und Entwicklung hingewiesen. Aber auch bessere Absatzmöglichkeiten und Exportchancen oder branchen-spezifische Vorteile können hervorgehoben werden.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen legt die Kommission in einem Schlußkapitel ihre Entscheidung dar. Dabei begründet sie zunächst ihre Tatsachenentscheidung (betreffend das Vorliegen des Zusammenschlußtatbestandes und eines der beiden Aufgreifkriterien). Anschließend werden im Rahmen der "public interest"-Prüfung die Vor- und Nachteile des Zusammenschlusses, nach Sachgebieten getrennt, gegeneinander abgewogen. Es fällt auf, daß das einzelne mit großer Sorgfalt zuvor zusammengetragene Zahlenmaterial bei dieser abwägenden Entscheidung nur selten und in geringem Umfang dazu benutzt wird, um das getroffene Urteil zu untermauern. Die Kommission setzt sich hier zwar in der Regel

mit den von den Parteien vorgetragenen Argumenten für und wider die Fusion auseinander; dabei urteilt sie aber, indem sie lapidar feststellt, daß sie den einen oder anderen Erwägungen uneingeschränkt, teilweise oder gar keinen Glauben schenken könne.

Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, daß die Fusion dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, so kann sie Empfehlungen aussprechen, vermöge derer sie glaubt, daß die nachteiligen Folgen beseitigt werden können. 75) Wenn sie dagegen keine Maßnahmen für geeignet hält, um die Nachteile abzuwenden, schlägt sie dem Ministerium ein Verbot des Zusammenschlusses vor. In einem Anhang zu diesem Bericht finden sich häufig Statistiken und Erhebungen, die im Laufe der Untersuchung entstanden sind.

Alle Berichte der Kommission werden veröffentlicht; jedoch kann das Ministerium gewisse Tatsachen von der Veröffentlichung ausnehmen. 76) Allerdings darf durch das Weglassen dieser Angaben der Sinn des Berichtes nicht entstellt werden, bzw. darf das Verständnis für die Zusammenhänge nicht beeinträchtigt werden.

75) Gegen die Entscheidung der Kommission können von den Unternehmen nach herrschender Meinung keine Rechtsmittel eingelegt werden. Diese Ansicht hält Korah zumindest für zweifelhaft, da im Bereich der Kartellkontrolle die Berufung und Revision zum Court of Appeal und House of Lords zulässig ist, obwohl im Restrictive Practices Court Juristen entscheiden. Man könnte nun schlußfolgern, daß in Rechtsfragen eine Berufung erst recht zulässig sein müsse. Dieser Schluß widerspräche aber meines Erachtens dem ganzen System der englischen Fusionskontrolle (und Monopolkontrolle), deren Entscheidungen eben einen politisch-decisionistischen Charakter haben und nicht justiziabel sein sollen. Vgl. zu der Argumentation: V. Korah: "Monopolies and ...", S. 49 und 86.

76) Ausnahmen von dieser Publikationspflicht bestehen in bezug auf: Angaben, deren Veröffentlichung gegen das öffentliche Interesse verstoßen, sowie geheime Produktionsmethoden, Lagerstätten von Mineralien oder Geschäftsgeheimnisse, deren Veröffentlichung das berechnigte Interesse der betroffenen Unternehmen nachhaltig verletzen würde.

Die Spruchpraxis der Monopolkommission im einzelnen:

Seit Inkrafttreten des Monopolies and Mergers Act sind der Monopolkommission 16 Fusionsvorhaben zur Untersuchung überwiesen worden. Darunter waren 4 Fälle aus dem Bereich der Pressekonzentration auf die hier nicht eingegangen werden soll.¹⁾ Es liegt in der Natur der Sache, daß sich diese Spruchpraxis einer klaren und einheitlichen Systematisierung widersetzen muß. Dies ergibt sich aus der Abwägung verschiedenster Gesichtspunkte die alle Teil des "public interest" sind, weiter aus der Mannigfaltigkeit der zu beurteilenden Sachverhalte und zuletzt vielleicht auch aus einem Wandel der Beurteilung des Konzentrationsproblems durch die Monopolkommission.

Dennoch ist es möglich, die bislang ergangenen Reports zu katalogisieren, indem die Schwerpunkte der Argumentation herausgelöst werden. Dabei wird sich zeigen, daß es zwei Hauptargumente sind, die in jedem Fusionsfall angesprochen werden und abwechselnd die dominierende Rolle spielen. Schlagwortartig könnte man das eine dieser beiden Subkriterien für den Oberbegriff des "öffentlichen Interesses" als das Rationalisierungs- bzw. Ressourcenargument bezeichnen. Das andere Subkriterium ist das Wettbewerbs- oder Marktmachtargument.

a) Das Rationalisierungs- bzw. Ressourcenargument:

Im Verhältnis der beiden Subkriterien zueinander wurde von der Kommission das Schwergewicht bisher eindeutig

1) Vgl. die in Fn. 74 erwähnte Liste aller bisher ergangener Berichte über geprüfte Fusionsvorhaben.

auf das Rationalisierungs- bzw. Ressourcenargument gelegt. Dies zeigt sich auch in den beiden - im einzelnen noch zu behandelnden - kong¹omeraten Zusammenschlußvorhaben Unilever/Allied Breweries und Rank/De La Rue. In den Berichten über diese beiden Fälle wird das öffentliche Interesse nach einer relativ kurzen Darstellung unter den Überschriften "competition" und "balance of payments" ausführlich unter dem Stichwort "use of resources" abgehandelt. Dabei wird geprüft, inwieweit die durch die Fusion zusammengefaßten Ressourcen - technischer, finanzieller, absatzfördernder, personeller Art etc. - zum Zwecke höherer "efficiency" genutzt werden können.

Jedoch ist die höhere Leistungsfähigkeit der Unternehmen nicht Selbstzweck. Vielmehr bewertet die Kommission diese nur dann als Vorteil für das öffentliche Interesse wenn eine Produktivitätssteigerung die Folge ist, die mit einer an die Abnehmer weitergegebenen Kostensenkung einhergeht. Wenn schon keine Preissenkung erreicht werden kann, so verlangt die Kommission wenigstens eine Stabilisierung der Preise.

Das Rationalisierungs- oder Ressourcenargument der Kommission zielt daneben regelmäßig auch in eine zweite Richtung: Es wird geprüft, ob der Zusammenschluß der Sicherung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und damit der Verbesserung der englischen Zahlungsbilanz dient. Dabei kann sich die internationale Wettbewerbsfähigkeit einmal in England selbst dokumentieren, indem der Auslandskonkurrenz wirksam begegnet wird; zum anderen legen die - von der Kommission stark beachteten - Exportchancen der fusionierenden Unternehmen Beweis hierüber ab.

Wenn man versucht, die bisher geprüften 12 Konzentrationsfälle hiernach zu katalogisieren, so zeigt sich, daß in sieben Fällen die Schwerpunkte der Beurteilungskriterien im Bereich dieser Rationalisierungs- und Ressourcenargumentation lagen. Naturgemäß wurde auch in diesen zunächst darzustellenden sieben Fällen auf die Wettbewerbsprüfung mehr oder weniger intensiv eingegangen. Jedoch wurde dem Wettbewerbsargument keine Priorität eingeräumt.

(1) Thorn Electrical Industries / Radio Rentals:

Am 19. Februar 1968 wurde durch das Handelsministerium die Untersuchung eingeleitet über das Zusammenschlußvorhaben zwischen der Thorn Electrical Industries Ltd. und der Radio Rentals Ltd. ²⁾ Es erging keine "standstill order" aber Thorn Electrical erklärte sich bereit, den Zusammenschluß vorerst in der Schwebe zu lassen. Die Tätigkeitsbereiche beider Unternehmen sind weit gesteckt, überschneiden sich jedoch auf den Gebieten der Produktion und der Vermietung von Fernsehgeräten. Was die Produktion anlangt, so besitzen die vier größten der insgesamt acht Wettbewerber einen Marktanteil von zusammen 80 %. Davon entfallen 25 % auf Thorn und gut 6 % auf Radio

2) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 318, 23 rd July 1968; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 10

Rentals. Auf dem nicht unbedeutenden Markt der Vermietung von Fernsehgeräten (etwa 60 % aller in England hergestellten Geräte werden nicht verkauft sondern vermietet) sind die beiden fusionswilligen Unternehmen die Größten und besitzen einen Marktanteil von zusammen etwa einem Drittel. Beide Unternehmen sind durch den Besitz einer Anzahl eigener Verkaufsstellen vertikal integriert.

Die Kommission prüfte das Vorhaben unter vier Gesichtspunkten: erstens die Auswirkungen auf dem Sektor der Fernsehgerätes^gproduktion, zweitens die auf dem Bereich der Vermietung und des Einzelhandels, drittens die Folgen aus dem Blickwinkel der vertikalen Konzentration und viertens den Zusammenschluß als Ganzes. Was den ersten Punkt anlangt, so ist in dieser Branche seit Jahren eine starke Konzentrationstendenz zu verzeichnen: von 29 Fernsehgeräteherstellern Ende der 50er Jahre hat sich die Zahl auf 8 Produzenten verringert und soll durch diese Fusion nun auf 7 zurückgehen. Dies hätte eine Zunahme des Marktanteils des konzentrierten Unternehmens von einem Viertel auf etwa ein Drittel zur Folge. Die beiden Unternehmen brachten zunächst das Argument der Kosteneinsparungen vor. Sie erhofften sich als Folge von Standardisierung, Spezialisierung und Massenproduktion eine Einsparung von über 5 % der Gesamtproduktionskosten. Die Kommission ging im einzelnen auf dieses Argument ein und stellte fest, daß sehr wohl einige bedeutsame Kosteneinsparungen gemacht werden könnten; jedoch wenigstens einige könnten auch ohne den Zusammenschluß erreicht werden. Obwohl zum Zeitpunkt der Fusion ausländische Hersteller auf dem englischen Markt noch nicht in nennenswertem Maße in Erscheinung getreten seien, könne jetzt schon abgesehen werden, daß in den kommenden Jahren der Wettbewerb durch Einfuhren aus Westeuropa und vor allem aus Japan zunehmend intensiviert werden würde, egal ob es zu der Fusion komme oder nicht. Angesichts dieser Entwicklung, der zu erwartenden Kosteneinsparungen, sowie der Tatsache, daß keine Gefahr besteht, daß die Breite des angebotenen Sortiments reduziert werden wird, kam die Kommission zu dem Ergebnis, daß die Fusion in diesem Punkt nicht gegen das öffentliche Interesse verstößt.

Als nächstes wurden die Folgen der Fusion auf dem Vermietungs- und Einzelhandelsmarkt (rental and retail) untersucht. Hier ging die Kommission zunächst auf die außergewöhnliche Bedeutung ein, die die Vermietung von Fernsehgeräten speziell in England besitzt. Dies äußert sich auch darin, daß es sich hierbei um einen ziemlich isolierten und vom Verkauf unabhängigen Markt handelt. Der bestehende Wettbewerb spiegelt sich kaum in unterschiedlichen Preisen, wohl aber im angebotenen Service wieder. In diesem Punkt sah die Kommission keine Gefahr, daß es zu einer Minderung des Services kommen werde. Im übrigen werde es durch die Einführung des Farbfernsehens zu einer weiteren Ausdehnung des Vermietungsmarktes auf Kosten des Einzelhandels kommen. Das könne dazu führen, daß einige der größeren Einzelhandelsketten versuchen werden, auch auf diesem Markt Fuß zu fassen, was dann den Wettbewerb intensivieren werde. Die Kommission wollte somit auch in diesem Punkt keinen Verstoß gegen das öffentliche Interesse erblicken.

Angesichts der Tatsache, daß beide Unternehmen eine beachtliche vertikale Konzentration aufweisen, hielt es die Kommission für ihre Pflicht, die Auswirkungen dieser Tatsache gesondert zu untersuchen. Dies ergab zunächst, daß gerade die sich hierdurch eröffnenden Möglichkeiten für die übernehmende Firma Thorn einen besonderen Anreiz darstellten. Sie hielt die Schaffung eines gesicherten Marktanteils auf dem Heimatmarkt für unerläßlich, um so imstande zu sein, mit ausländischen Wettbewerbern im In- und Ausland in Konkurrenz zu treten. Zu diesem Argument, dem die Kommission nicht widersprach, wurde in der Schlußbetrachtung Stellung bezogen. Die Kommission prüfte noch die Gefahren einer möglichen Diskriminierung von nicht firmeneigenen Vertriebsstellen. (bezüglich Preisgestaltung, Belieferung etc.) durch das konzentrierte Unternehmen, hielt diesbezügliche Bedenken jedoch für unbegründet. Auch auf eine möglicherweise strukturverändernde Wirkung innerhalb der Branche im Sinne einer Erstarrung der Marktanteile wurde kurz eingegangen. Insgesamt kam man zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß gegen das öffentliche Interesse nicht vorliegt: "... it

cannot be said that the merger would appreciably reduce the "free" area of the market or impede competition among manufacturers for shares of that free area."³⁾

In der allgemeinen Schlußbetrachtung wurde noch einmal auf die Notwendigkeit der Massenproduktion als einer unerläßlichen Voraussetzung für die internationale Wettbewerbsfähigkeit hingewiesen.⁴⁾ Allerdings wurde von der Monopolkommission bezweifelt, ob durch die Fusion allein der Export an Fernsehgeräten gefördert werden könne. Es werde vielmehr entscheidend darauf ankommen ob es als Folge der Fusion zu Kosteneinsparungen komme. Außer einem Kommissionsmitglied⁵⁾ sprachen sich alle anderen dafür aus, gegen den Zusammenschluß keine Einwendungen zu erheben, da das öffentliche Interesse nicht verletzt sei.

Ähnlich wie in diesem Fall wurde im folgenden argumentiert. Auch hier stand die internationale Wettbewerbsfähigkeit als eine erhoffte Auswirkung von Rationalisierungsmaßnahmen im Vordergrund. Wegen der bestehenden starken Auslandskonkurrenz hielt man die Entstehung einer marktstarken Stellung im Inland für unbeachtlich.

(2) Dental Manufacturing / Amalgamated Dental / Dentists' Supply

Der der Kommission am 10. 2. 1966 vom Handelsministerium erteilte Untersuchungsauftrag betraf das Zusammenschlußvorhaben der Amalgamated Dental Company Ltd. (ADCo) mit entweder der Dentists' Supply Company of New York (DSCo) oder der Dental Manufacturing Company Ltd. (DMCo).⁶⁾ Zugleich legte das Ministerium dem Parlament zwei "standstill-orders" vor in denen es den betroffenen Unternehmen verboten wurde, wechselseitig Anteile voneinander zu erwerben.⁷⁾

3) Vgl. den diesbezüglichen Report, aaO, Ziff. 215

4) "It is in effect, part of Thorn's case that scale of production is a significant factor in ability to compete on a world-wide basis, that Thorn needs to expand in order to

Die ADCo war zu jener Zeit die größte, die DMCo die zweitgrößte Herstellerin zahnmedizinischer Geräte in Großbritannien. Der Produktionsanteil betrug gemessen am englischen Gesamtumsatz bei der ADCo ein Fünftel und bei der DMCo annähernd ein Siebtel; zusammen hätten sie somit einen Marktanteil von etwa 33 % besessen, wobei die restlichen Wettbewerber aufgrund ihres geringen Absatzes nur eine unwesentliche Konkurrenz darstellten. Die amerikanische DSCo und die ADCo waren bereits kapitalmäßig und personell verflochten. Im übrigen bediente sich die DSCo seit Jahren der Absatzorganisation der ADCo zum Verkauf ihrer Erzeugnisse auf den außereuropäischen Märkten. So galt das Hauptinteresse der DSCo aber auch der DMCo dem überseeischen Vertriebsnetz der ADCo, das sich beide durch die Fusion zunutze machen wollten.

Die Kommission ging zunächst auf die Auswirkungen der Fusion auf den Außen- und auf den Binnenhandel ein. Was den Außenhandel anlangt, so sah sie nur Probleme bezüglich einer Fusion ADCo / DMCo. Denn für diesen Fall hatte die amerikanische DSCo die Einstellung ihrer Vertriebsbeziehungen zur ADCo angekündigt und eine Kompensation dieses Absatzrückgangs durch eine Exportsteigerung von Seiten der DMCo hielt die Kommission für unwahrscheinlich. Demgegenüber wäre die Folge im Bereich des Binnenhandels ein Übergang der Kontrollbefugnisse über den Marktführer ADCo von britischen in amerikanische Hände. Sollte dagegen DMCo und ADCo fusionieren, entstehe eine führende Marktstellung die sich auf einen Anteil von 33 % gründe.

Für die britische Zahlungsbilanz würde bei einem Zusammenschluß DSCo / ADCo zwar eine einmalige Einnahme von 16 Millionen Dollar erzielt werden; dem stehe aber für die Zukunft

meet its overseas competitors on equal terms, and that it needs security in its home market for this purpose." Ebenda Ziff. 217

- 5) Vgl. Prof. T. Barna's Note of Dissent, ebenda, Ziff. 222 - 230
- 6) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 147, 9 th August 1966, ferner den Bericht von Bierling in WuW 1967, S. 726 ff. (728), sowie OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3. 2, Nr. 3

ein jährlicher Verlust an fremden Währungen gegenüber, der dadurch entstehe, daß die Gewinne an die amerikanische DSCo abgeführt werden würden. Bei einer Fusion DMCo / ADCo ergäben sich diesbezüglich keine Bedenken, dagegen könne sich eine möglicherweise eintretende Verminderung des Außenhandels nachteilig auf die Zahlungsbilanz auswirken.

Mit dem Übernahmeangebot der DSCo an die ADCo plante diese keine unmittelbaren Kosteneinsparungen als Folge der Fusion, wengleich solche Einsparungen zukünftig nicht ausgeschlossen wurden. Die DMCo errechnete dagegen Kosteneinsparungen in Höhe von 430.000 Pfund pro Jahr, die durch den Wegfall ihres dann überflüssig gewordenen Vertriebsnetzes entstehen würden. Die Kommission akzeptierte dieses Argument, betrachtete die Höhe der Einsparungen jedoch mehr als eine Zielgröße.

Als Verantwortlicher im Bereich des National Health dental service wurde auch der Gesundheitsminister über seine Meinung über die Fusionsvorhaben befragt. Dieser sprach sich für eine verstärkte Konzentration in der englischen Dentalindustrie aus. Die Hersteller von Dentalerzeugnissen müßten nicht nur darauf eingerichtet sein, den heimischen Markt zu versorgen, sondern sie müßten sich auch um einen namhaften Anteil am Welthandel bemühen. Aus diesem Grund läge eine Fusion DMCo / ADCo im nationalen Interesse, wogegen es bei einem Zusammenschluß DSCo / ADCo zu Interessenkonflikten mit der von Amerikanern kontrollierten Gesellschaft kommen könne. Diese Meinung teilte die Kommission nicht. Wenn die amerikanische DSCo schon einmal eine so große Summe in England investiert habe werde sie auch den höchstmöglichen Gewinn mit diesem Engagement erreichen wollen. Sollten sich dagegen die Verhältnisse dahingehend ändern, daß die Produktion für den Export unwirtschaftlich werde, so treffe dies eine britisch geführte ADCo gleichermaßen.

7) Vgl. den Report, aaO, Appendix 2, "The two Restriction of Merger Orders."

Insgesamt sah die Kommission in beiden Zusammenschlußvorhaben keine Verletzung öffentlicher Interessen. Denn in beiden Fällen bleibe es bei einer starken Auslandskonkurrenz auf dem englischen Markt, die sich kontrollierend auf die Preise, Qualität und den angebotenen Service auswirken werde. Und wegen der Verantwortlichkeit des Gesundheitsministers für eine wirtschaftliche Arbeitsweise des National Health dental service werde die Gefahr einer Ausbeutung des heimischen Marktes durch einen beherrschenden Anbieter gemildert.

Ein weiterer Fall bei dem das Ressourcen-Argument die Entscheidung der Kommission hauptsächlich beeinflusste, ist das Fusionsvorhaben Unilever / Allied Breweries. Auch hier versprach man sich eine Hebung der Leistungsfähigkeit als Folge der "use of resources". Diesen Vorteilen standen wegen des Konglomeratscharakters des Zusammenschlusses keine direkten Nachteile in Form von Marktkonzentration gegenüber.

(3) Unilever / Allied Breweries:

Am 28. Januar 1969 erhielt die Monopolkommission den Auftrag, zu untersuchen ob der geplante Zusammenschluß zwischen der Unilever Ltd. und der Allied Breweries gegen das öffentliche Interesse verstoße.⁸⁾ Der englisch-holländische Nahrungsmittelkonzern -die englische Unilever Ltd. und die holländische Unilever NV werden von einem gemeinsamen board of directors geleitet- hatte der Allied Breweries die Übernahme angeboten.

Die Unilever Gruppe stellt neben einer Vielzahl unterschiedlichster Produkte hauptsächlich Haushaltswaren wie Seife und Waschmittel sowie Lebensmittel (Margarine, Wurstwaren, Eiskrem, Gefrierkost) her. Nach dem Betriebskapital (capital employed) ist der Unileverkonzern mit 1.052 Millionen Pfund das viert-

8) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 297, 9 th June 1969 sowie OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschn. 3.2, Nr. 11

größte Unternehmen des Vereinigten Königreichs. Durch die Übernahme von Allied Breweries würde sich das Betriebskapital auf 1.357 Millionen Pfund erhöhen, womit der Konzern dann den 17. Platz in der Weltrangliste einnehmen würde. Ausgehend von der Beschäftigtenzahl würde das konzentrierte Unternehmen mit 141.000 Beschäftigten (Unilever 95.000 und Allied Breweries 46.000) in England an 8. Stelle rangieren.

Allied Breweries entstand 1961 durch den Zusammenschluß der drei Brauereien Ind Coope Ltd., Tetley Walker Ltd. und Ansell's Brewery Ltd. Dadurch wurde Allied zur zweitgrößten Brauerei-Gruppe in England mit 15,5 % Marktanteil an der gesamten englischen Bierproduktion. Außerdem wurde sie der größte Groß- und Einzelhändler für Weine und Spirituosen. Daneben hat Allied noch größere Brauereien in den Niederlanden.

Die Kommission prüfte zunächst die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb. Hier konnte sie sich darauf beschränken, mögliche Auswirkungen auf dem Getränkemarkt zu untersuchen, da in umgekehrter Richtung Auswirkungen auf den Märkten, auf denen Unilever tätig ist, kaum zu erwarten waren. Die Getränkeindustrie -soweit es um Brauereierzeugnisse geht- ist zu 73 % in den Händen von 7 Brauereien wobei Allied die zweitgrößte ist. Da Unilever auf dem Getränkesektor nicht tätig ist, würde die Fusion zu keiner Erhöhung des Konzentrationsgrades und auch zu keiner Erhöhung der Marktzutritts-schranken führen. Da aber zwischen den Produkten von Unilever (Lebensmittel) und alkoholischen Getränken eine gewisse Verwandtschaft bestehe, liege es nahe, in Unilever einen potentiellen Wettbewerber zu sehen. Insofern bestehe durchaus die Möglichkeit, daß Unilever eines Tages durch Errichtung eigener Betriebsstätten oder Erwerb eines kleineren Marktanteils als zusätzlicher Wettbewerber in den Getränkemarkt eintritt. Schwerer als diese möglichen Wettbewerbsnachteile wiege indessen der für das öffentliche Interesse vorteilhafte Hauptzweck des Fusionsvorhabens, nämlich die Grundlage zu schaffen für ein internationales Getränkeunternehmen zu dem Allied seine Erfahrungen beisteuern sollte.⁹⁾

Im weiteren Verlauf ihres Berichtes ging die Kommission ausführlich auf mögliche Vorteile der Fusion ein, die sich aus der gegenseitigen Nutzung von Ressourcen ergeben könnten. Für etwas übertrieben hielt sie dabei die Vorteile des Zusammenschlusses, die sich nach den Vorstellungen der beiden Unternehmen daraus ergeben sollten, daß sich die Brauereien die Ergebnisse der ausgedehnten Forschungs- und Entwicklungstätigkeit von Unilever zunutze machen könnten.¹⁰⁾ Die Kommission hielt es schon eher für möglich, daß Allied durch die Fusion in den Genuß einer stärkeren Absatzförderung kommen werde, gestützt auf die Erfahrungen und das Fachwissen von Unilever in Bereichen wie Marktforschung, Absatz und Verpackung.¹¹⁾

Was das Management in dem konzentrierten Unternehmen anlangt, so sollte Allied Breweries als eine selbständige Unternehmensgruppe in den Unileverkonzern eingegliedert werden. Dabei sollte der bisherige Vorsitzende des Direktoriums von Allied als einer der "Co-ordinators" in der Unilever-Konzernleitung fungieren. In diesem Zusammenhang hielt es die Kommission von den fusionswilligen Parteien für optimistisch zu glauben, daß sich hieraus keine Führungsprobleme ergeben könnten. Dennoch wollte sie zugeben, daß der Zusammenschluß im Management auch Vorteile durch gegenseitige Anregungen ("cross-fertilization of ideas") mit sich bringen könne.¹²⁾

Zusammenfassend hielt die Kommission eine Produktivitätssteigerung als Folge des Zusammenschlusses für möglich. Diese Erhöhung der Leistungsfähigkeit sei insbesondere durch die Ausnutzung des technischen Potentials und der Absatzorganisationen (technical and marketing resources) zu erwarten. Jedoch gab die Kommission zu bedenken: "There is, we feel, some risk that little of these benefits will be passed on to the public."¹³⁾

9) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 107: "While, therefore, we do not dismiss altogether the possibility that, if the merger were disallowed, Unilever might at some future time enter the industry as an additional competitor..., we do not believe that this possibility can be described as significant at present."

Andererseits sah man eine Chance, daß durch die Ausnutzung dieser Produktivitätssteigerungen der Wettbewerb mit und unter den übrigen Brauereien stimuliert werden könnte, was eventuell für die Öffentlichkeit von Vorteil sein könnte. Da die Kommission insgesamt keine eindeutigen Gefahren für das öffentliche Interesse erkennen konnte, erhob sie gegen den Zusammenschluß keine Einwendungen.

Ein weiteres konglomerates Zusammenschlußvorhaben, das im folgenden dargestellt werden soll, wurde von der Kommission auch an den Ressource-Kriterien gemessen, wurde aber abgelehnt. Die Anhebung der Leistungsfähigkeit durch "use of resources" - als einem Vorteil für das öffentliche Interesse, demgegenüber etwaige Wettbewerbsbeschränkungen als zweitrangig erscheinen - wurde nicht anerkannt. Stattdessen sprachen andere vorwiegend personelle Nachteile gegen den Zusammenschluß.

(4) Rank Organisation/De La Rue:

Zu demselben Zeitpunkt (28. Januar 1969) an dem das Handelsministerium das Zusammenschlußvorhaben Unilever/Allied Breweries überprüfen ließ, wurde der Monopolkommission ein weiteres Fusionsvorhaben zwischen der Rank Organisation Ltd. und der De La Rue Company Ltd. zur Untersuchung vorgelegt. ¹⁴⁾ Neben dieser zeitlichen Gemeinsamkeit handelte es sich in beiden Fällen um konglomerate Konzentrationsvorgänge. Die Besonderheit dieses Falles lag jedoch darin, daß das Management der zu übernehmenden De La Rue gegen eine Übernahme durch die Rank Organisation deutlich Stellung bezogen hatte. ¹⁵⁾

10) Vgl. den Report, a.a.O., Ziff. 113

11) Ebenda, Ziff. 114

12) Ebenda, Ziff. 117

13) Ebenda, Ziff. 124

14) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 298, 9 th June 1969, sowie OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 12; Bierling WRP 1970, S. 45

15) Vgl. den Report, a.a.O., Ziff. 8 - 10

Rank Organisation¹⁶⁾ ist gemessen am Betriebskapital in der Reihenfolge der größten englischen Unternehmen an 38. Stelle. Rank ist ein Mischkonzern, der vor allem im Film- und Photokopiergeschäft tätig ist. Etwa 40 % des Konzernumsatzes waren 1967/68 auf den Photokopiergeräte-Hersteller Rank-Xerox Ltd. zurückzuführen. Rank Xerox Ltd. ist ein Gemeinschaftsunternehmen von Rank Organisation und der amerikanischen Xerox Corporation. Rank Xerox ist mit seinen Tochtergesellschaften im Photokopiergeschäft in 60 Ländern (außer Nordamerika und Japan) vertreten. Die übrigen Aktivitäten des Rank-Konzerns beziehen sich auf: die Filmproduktion, Filmverleih, Bowling-, Tanz- und Bingolokale, Hotels, Vertrieb von Fernsehgeräten etc.

De La Rue¹⁷⁾ ist mit 10.100 Beschäftigten gemessen am Betriebskapital von den englischen Unternehmen an 186. Stelle. Knapp die Hälfte des Umsatzes kommt von Formica International Ltd. die Plastikfolien (industrial laminates) u.ä. herstellt. Formica International gehört De La Rue zu 60 % und der American Cyanamid Company zu 40 %. Thomas De La Rue International Ltd. ist hauptsächlich mit der Herstellung von Banknoten, Wertpapieren und Spielkarten befaßt. Potterton International - eine weitere Tochterfirma - stellt Heißwasserspeicher und Heizungsanlagen her.

In ihrem Bericht ging die Kommission zunächst allgemein auf die Beurteilung eines Zusammenschlusses nach dem Kriterium des öffentlichen Interesses ein.¹⁸⁾ Ein Zusammenschluß könne Auswirkungen haben auf den Wettbewerb und auf die Leistungsfähigkeit (efficiency). Wenn von der Fusion keine nachteiligen Folgen auf die Wettbewerbsverhältnisse ausgingen - so meinten die fusionswilligen Unternehmen - so sei nicht die Monopolkommission sondern die Aktienbörse der beste Richter, um festzustellen ob die Fusion der Leistungsfähigkeit der fusionierenden Unternehmen diene oder nicht. Diese Argumentation wurde von der Monopolkommission verworfen. Erstens habe die Kommis-

16) Zu den Tochterfirmen und Tätigkeitsbereichen von Rank Organisation Ltd. vgl. die Übersicht im Report, aaO, Appendix 2, 4 und 7

sion (speziell in umstrittenen Fusionsfällen wie dem vorliegenden) die besseren Informationen als die Aktienbörse mit deren Hilfe die möglichen Folgen eingeschätzt werden können. Zweitens habe man von der Interessenlage der Aktionäre auszugehen, die vor allem die finanziellen Auswirkungen (einschließlich steuerlicher Erwägungen) bei ihrem Kalkül berücksichtigten.¹⁹⁾

Da es sich im vorliegenden Fall um einen konglomeraten Konzentrationsvorgang handelte, standen die Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht im Mittelpunkt der Untersuchung. Die Kommission konnte eine direkte Konzentrationswirkung auf einem Markt nicht feststellen, da Rank und De La Rue auf keinem Markt miteinander im Wettbewerb stehen.²⁰⁾ Aber auch eine Erschwerung des Marktzutritts für neue Wettbewerber konnte die Kommission nicht als Folge des Zusammenschlusses ausmachen. Zwar würden einige der Tochterfirmen von De La Rue im Falle einer Fusion wohl verpflichtet sein, Rank-Produkte zu kaufen (und umgekehrt) dennoch wollte man angesichts des geringen Ausmaßes nicht von einer allgemeinen Wettbewerbsbeschränkung sprechen.

Eingehend prüfte die Kommission die mögliche Ausnutzung von Ressourcen zum Zwecke der Erhöhung der Leistungsfähigkeit. Denn wenn ein "gain of efficiency" von den Unternehmen konkret nachgewiesen werden konnte, wurde dies von der Kommission bisher fast durchweg als ein Vorteil und als im öffentlichen Interesse liegend anerkannt.

Was die Nutzung technischer Erfahrungen der Rank Organisation durch De La Rue anlangt, so sah die Kommission wenig Vorteile. Die meisten technischen Informationen stammen bei De La Rue von American Cyanamid Comp., mit der zusammen die Tochtergesellschaft Formica International gegründet wurde. Hier hatte sich in den vergangenen Jahren ein Vertrauensverhältnis

17) Zu den Tochterfirmen, Tätigkeitsbereichen und der Bilanz von De La Rue vgl. die Übersicht im Report, aaO, Appendix 3, 5 und 8

18) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 82 f.

zwischen den Unternehmensleitungen entwickelt, das auch nach Ansicht der amerikanischen Firma bei einer Übernahme durch Rank gestört werden könnte.

Auf dem Gebiet des Marketing wollte die Kommission der Rank Organisation ohne weiteres die größere Erfahrung und mehr Leistungsfähigkeit bescheinigen. Dennoch hielt sie auch hier die Befürchtung des Managements von De La Rue für begründet, daß "confidence and trust established over the years by close personal contact at top level is all-important to the success of the business and it is on this account...that we think there is a real risk of loss of business as a result of personnel changes."²¹⁾

Neben diesen indirekten Folgen eines Führungswechsels war aber auch die Drohung des Managements von De La Rue von Bedeutung, im Falle einer Übernahme durch Rank von der Unternehmensleitung zurückzutreten. Obwohl diese Direktoren nach Ansicht der Kommission ersetzt werden könnten, sah sie darin doch eine ernste Gefahr für die Zukunft von De La Rue.²²⁾

Angesichts der intensiven Exportproduktion von De La Rue könnten sich diese unternehmensautonomen Gefahren überdies auch nachteilig auf die englische Zahlungsbilanz auswirken. Diese Erwägungen veranlaßten die Kommission die geplante Fusion für gegen das öffentliche Interesse verstoßend anzusehen und ihr Verbot zu empfehlen.²³⁾

19) "The connection, therefore, between the shareholders' assessment of a take-over offer and their assessment of the effects of the take-over on efficiency is not as direct or straightforward as the argument suggests... We conclude that the stock market's reaction cannot, therefore, be relied on to reflect the efficiency aspects of a take-over." Vgl. den Report, aaO, Ziff. 82

20) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 84

21) Ebenda, Ziff. 96

22) "While in due course replacements would no doubt be found, in the transition period there could be severe loss of efficiency the effects of which could persist for a long time. There is also a serious risk of loss of business, including foreign business and business opportunities, since,...in certain important fields the retention, and increase, of business depends upon the establishment and maintenance of confidence based on personal relations, and the likely loss of key personnel could mean an immediate loss." Vgl. den Report, aaO, Ziff. 98

Eine weitere Ablehnung einer Fusion wurde im folgenden Fall ausgesprochen. Obwohl man gewisse Vorteile, die sich aus der Verbindung der Unternehmen und damit ihrer Ressourcen ergeben könnten, nicht leugnen wollte, hielt man gerade die Zusammenfassung von Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten unter einem fusionierten Großkonzern in der pharmazeutischen Industrie für einen Verstoß gegen das öffentliche Interesse.

(5) Glaxo Group/Beecham Group/The Boots Company:

Am 4. Februar 1972 legte das DTI der Monopolkommission zwei Zusammenschlußvorhaben zur Untersuchung vor, wobei das eine die Fusion der Glaxo Group Ltd. mit der Beecham Group Ltd. betraf und das andere die der Glaxo Group Ltd. mit The Boots Company Ltd.²⁴⁾ Das Handelsministerium erließ am selben Tag für beide Fälle je eine "standstill order", um die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.²⁵⁾

Die Glaxo Group Ltd. ist eine Holding mit 15 inländischen und 33 ausländischen Tochtergesellschaften,²⁶⁾ die hauptsächlich in der pharmazeutischen Industrie tätig sind. Die Gruppe führt mit einem Jahresumsatz von 173 Millionen Pfund die 4 bedeutendsten britischen Arzneimittelhersteller an, indem sie mit 11 % an den in Großbritannien verkauften Medikamenten beteiligt ist.

Etwa gleichrangig mit dem zweitgrößten englischen Produzenten Wellcome Foundation Ltd. folgt an dritter Stelle die Beecham Group mit einem Marktanteil von 7 %, ihrerseits gefolgt von ICI. Gemessen an ihrem Umsatz (182 Millionen Pfund) ist Beecham nur zu einem Drittel in der pharmazeutischen Industrie tätig.

Boots Company ist ein gemischter Konzern, der neben Arzneimitteln (3 % Marktanteil) eine Vielzahl chemischer Produkte, Kosmetika, Haushaltsgeräte etc. herstellt und zuletzt einen

23) Vgl. den Report a.a.O., Ziff. 106

24) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 341, 12 th July 1972. Am 24.1.72 machte Beecham und am 27.1.72 Boots den Aktionären der Glaxo Group jeweils ein Angebot zum Tausch von Glaxo-Aktien gegen ihre Aktien. Vgl. zu den einzelnen Angeboten den Report, a.a.O., Ziff. 9 - 16

25) Ebenda, abgedruckt in Appendix 3 und 4.

Jahresumsatz von 303 Millionen Pfund hatte. Die Gruppe ist über zwei Einzelhandelsketten (insgesamt 1594 Apotheken, Drogerien und Haushaltsgeschäfte) stark vertikal konzentriert.

Angesichts der gemeinsamen Betätigung dieser drei Unternehmensgruppen in der pharmazeutischen Industrie war eine Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen vor allem auf diesem Sektor zu prüfen. Der Zusammenschluß erschien den beteiligten Unternehmen notwendig, um auf dem Weltmarkt aber auch auf dem heimatischen Markt der zu 64 % von Importen gedeckt wird, gegen die übermächtige schweizerische und amerikanische Konkurrenz wettbewerbsfähig zu werden.²⁷⁾

Die Monopolkommission prüfte zunächst das Übernahmeangebot der Beecham an Glaxo und darauf das der Boots an Glaxo. In ihrer Abwägung der Vor- und Nachteile wurden von der Kommission die Vorteile einer verbesserten internationalen Wettbewerbsfähigkeit hervorgehoben. Nach einer anfänglichen Periode der Umstellung sei es wahrscheinlich, daß Doppelproduktionen abgeschafft und durch Rationalisierung die Absatzorganisation verbessert werde. Dies bringe nicht nur dem konzentrierten Unternehmen, sondern auch der englischen Zahlungsbilanz Vorteile.

Im übrigen richtete die Kommission ihr Hauptaugenmerk auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Forschung und Entwicklung. (F und E). Wegen der Bedeutung von F und E in der pharmazeutischen Industrie wurde eine zusammenfassende Kurzdarstellung der Zusammenhänge zwischen Unternehmensgröße und F- und E-Tätigkeit gegeben.²⁸⁾ Die dort zitierten hauptsächlich amerikanischen Wissenschaftler, deren umfangreiche Arbeiten in diesem Zusammenhang auch nicht annähernd wiedergegeben werden können, kamen in etwa zu folgenden Ergebnissen: Mit zu-

26) Eine Liste dieser Unternehmen findet sich im Report, aaO, Appendix 10

27) Vgl. die Übersicht über die weltgrößten Produzenten der pharmazeutischen Industrie in dem Report, aaO, Appendix 5; hiernach folgen den größten Firmen der Schweiz (Roche, Ciba-Geigy und Sandoz), der USA (Merck, Am Home Products, Lilly, Sterling etc.) und der BRD (Hoechst, Bayer) die Firma Glaxo an 16. Stelle und Beecham an 27. Stelle.

nehmender Unternehmensgröße nimmt auch die Intensität der F- und E-Tätigkeit zu, sinkt aber bei einem (von Branche zu Branche verschiedenen) Maximum wieder leicht ab. Für die eigentlich mehr aussagende Erfolgsquote der F- und E-Tätigkeit glaubten die Konzentrationsforscher feststellen zu können, daß die erfolgreichsten Unternehmen im Bereich der Mittel- und Kleinbetriebe zu finden seien.

Die Monopolkommission stellte fest, daß die beiden Unternehmen längst eine Größenordnung erreicht hätten, in der sie erfolgreich Forschung und Entwicklung im großen Rahmen betreiben könnten: "We are satisfied that the fact that the British-owned pharmaceutical industry contains no companies of the size of the largest foreign-owned companies does not put it at a material disadvantage in research and development."²⁹⁾

Obwohl -wie die Kommission zugab- die finanziellen Ressourcen beider Unternehmen durch eine Fusion auch im Bereich der F- und E-Tätigkeiten ökonomischer eingesetzt werden könnten, hielt sie diesen Vorteil nicht für ausschlaggebend. Vielmehr setze erfolgreiche Forschung die Entwicklung aussichtsreicher neuer Ideen voraus. Und es gäbe keinen Grund anzunehmen, "that the merging of Beecham and Glaxo would result in more promising ideas than if the two continued to work independently. Indeed, the elimination of competition seems more likely to lead to fewer ideas..."³⁰⁾

Ein entscheidender Nachteil war, daß durch die Fusion eines der ohnehin wenigen britischen Zentren beseitigt würde, in denen Forschung und Entwicklung betrieben und entschieden wird, wie die Forschungsgelder verteilt und ausgegeben werden. Dies sei in der pharmazeutischen Industrie von besonderer Bedeutung, da sich die Effektivität von langjähriger Forschung besonders schwer vorhersagen ließe. Die Kommission kam deswegen zu dem Zwischenergebnis, daß die vorteilhaften Auswirkungen auf die F- und E-Tätigkeit von den nachteiligen Auswirkungen eindeutig übertroffen würden, was zugleich eine Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen darstelle.

28) Vgl. den Report, aaO, Appendix 6 m.w.N.

Im weiteren Verlauf ihres Berichtes ging die Kommission noch kurz auf eine Reihe weiterer Gesichtspunkte ein wie Wettbewerb, Preisentwicklung, Rationalisierung, Management etc., die aber an dem Zwischenergebnis nichts änderten. Das Fusionsvorhaben laufe dem öffentlichen Interesse zuwider, da es unübersehbare Nachteile für die Forschung und Entwicklung mit sich bringe.³¹⁾

Die Kommission prüfte sodann das Übernahmeangebot von Boots an Glaxo. Dabei wurde hinsichtlich der Auswirkungen auf die Forschung und Entwicklung im wesentlichen Bezug genommen auf das zum Fusionsvorhaben Beecham / Glaxo bereits Gesagte. Doch kamen zu diesen Nachteilen noch die Besonderheit der vertikalen Konzentration innerhalb der Boots Gruppe hinzu. Denn durch die Übernahme von Glaxo würde Boots, das bereits über zwei große Einzelhandelsketten verfügt, noch Einfluß auf die zur Glaxo Group gehörende Vestric Ltd. -ein Großhandelsunternehmen für pharmazeutische Produkte- gewinnen. Darin sah die Kommission jedoch keinen weiteren Nachteil, da die sonst bei vertikaler Konzentration angebrachten Bedenken beim Handel mit verschreibungspflichtigen Medikamenten (ethical pharmaceutical products) keine Geltung haben könnten. Hier könne es nur zu einer Einflußnahme des Herstellers auf den verschreibenden Arzt kommen.

Auch der Wegfall eines Wettbewerbers unter den ersten vier stelle keinen Nachteil für den Wettbewerb dar, da man die internationale Konkurrenz mit einem Inlandsmarktanteil von 64 % berücksichtigen müsse. Nach Abwägung einiger weiterer Argumente blieb es somit auch in diesem Fusionsvorhaben bei einer Ablehnung wegen derselben Nachteile für die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit.

29) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 247

30) Ebenda, Ziff. 249

31) Diese Nachteile wurden noch einmal zusammengefaßt in Ziff. 264 des Reports, wo u.a. auch abgehoben wurde auf die Ehrverletzung, die das Glaxo-Forschungsteam zu erleiden habe, wenn es dem von Beecham übernommenen Unternehmen angehören werde.

Die beiden folgenden Fusionsfälle sind sehr ähnlich gelagert. In beiden Fällen kommt es zu einer nicht zu übersehenden Wettbewerbsbeschränkung; einmal entsteht ein Marktanteil von 90 % und das andere Mal drohen Gefahren für den Wettbewerb aus einer vertikalen Konzentration. Andererseits spricht in beiden Fällen das Rationalisierungsargument für die Durchführung der Fusion. Die Kommission löst diese Konfliktsituation beide Male in gleicher Weise: sie legt das Schwergewicht innerhalb des komplexen Eingriffskriteriums "öffentliches Interesse" auf das Rationalisierungsargument. Dabei versucht man die Effekte des Wettbewerbs -der ja durch beide Fusionen beschränkt wird- durch schriftliche Zusicherungen der fusionierenden Unternehmen sozusagen "vertraglich" zu sichern. Rationalisierungserfolge und insbesondere erhöhte Exportfähigkeit der Unternehmen haben also Priorität vor der Erhaltung des Wettbewerbs.

(6) British Motor Corporation / Pressed Steel:

Der erste Untersuchungsauftrag, der nach Erlaß des Monopolies and Mergers Act, 1965 der Monopolkommission erteilt wurde, erging am 20. August 1965. Er betraf den Zusammenschluß des größten britischen Automobilherstellers, der British Motor Corporation (BMC) mit dem größten selbständigen Produzenten von Karosserien, der Pressed Steel Company Ltd.³²⁾ Eine "standstill order" wurde nicht erlassen; das Zusammenschlußvorhaben wurde noch während der Untersuchung durchgeführt.

BMC war 1952 aus dem Zusammenschluß der Austin Motor Company Ltd. und der Morris Motors Ltd. hervorgegangen. Sie war zum Zeitpunkt der Berichterstattung mit 35,8 % Marktanteil der größte Hersteller von Personenkraftwagen und gewerblich ge-

32) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 46, 25 th January 1966, sowie den Bericht von Bierling, WuW 1966, S. 892 ff. (894); OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 1; Wilberforce, Restrictive Trade Practices and Monopolies, First Supplement to the 2 nd edition 1969, Rdnr. 1328

nutzten Fahrzeugen wie Lastkraftwagen und Traktoren. Ferner stellt die Unternehmensgruppe in einem breit angelegten Produktionsprogramm eine Reihe von Kraftfahrzeugteilen für den Eigenbedarf und für andere Kraftfahrzeughersteller her, darunter Kühler, Vergaser, Kraftstoffpumpen etc.

Pressed Steel war zur Zeit des Zusammenschlusses der größte unabhängige Hersteller von Kraftfahrzeugkarosserien und Werkzeugen für die Karosserieherstellung auf der Welt. Neben Ganzstahlkarosserien produzierte das Unternehmen auch Kühlanlagen für den gewerblichen Gebrauch, rollendes Eisenbahnmateriale und Flugzeuge, wobei allerdings 90 % des Umsatzes von Pressed Steel mit der Automobilindustrie gemacht werden. 40 % aller in Großbritannien hergestellten Personenkraftwagen fahren mit einer Karosserie dieses Unternehmens. Da 80 % der Karosserieproduktion von Pressed Steel an die Automobilfirmen BMC und Rootes (wertmäßig etwa zu gleichen Teilen) geliefert wird, war eine starke Abhängigkeit von diesen beiden Firmen gegeben. Die Gefahr lag für Pressed Steel vor allem darin, daß ihre Abnehmer die Produktion von Karosserien selbst aufnehmen würden. Zum anderen war die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß Rootes -ein Unternehmen, das von der amerikanischen Chrysler Corp. beherrscht wird- Pressed Steel übernehmen könnte.

Die Kommission hat nach der Veröffentlichung des Untersuchungsauftrags in der "Financial Times" alle Abnehmer von Pressed Steel sowie die Ministerien für Verteidigung und für Luftfahrt als Auftraggeber um Stellungnahmen gebeten. Nach Anhörung dieser und anderer von der Fusion betroffener Unternehmen analysierte die Kommission zunächst die Stellung der einheimischen Kraftfahrzeugindustrie. Angesichts des harten Wettbewerbs zwischen den inländischen, aber auch mit ausländischen Automobilherstellern sei eine Tendenz nicht nur zur horizontalen Konzentration, sondern auch zur vertikalen Integration in dieser Branche unverkennbar. Diese Entwicklung gehe von den USA aus und sei in der europäischen Kraftfahrzeugindustrie nur noch eine Frage der Zeit. Für diesen Trend

spreche auch die Tatsache, daß der Wert der Karosserie etwa 35 bis 40 % des Gesamtwertes des Kraftfahrzeugs betrage. Damit liege es nahe, daß die Automobilproduzenten daran interessiert seien, die Karosseriefertigung selbst in die Hand zu nehmen.

Da diese Tendenz zur vertikalen Integration offensichtlich unvermeidlich sei, kam die Kommission zu dem Schluß, daß auf lange Sicht ständig eine latente Gefahr für die Stellung von Pressed Steel bestehe. Wenn sich aber derzeit für Pressed Steel die Möglichkeit biete, von BMC übernommen zu werden, so sei dies immer noch besser als eine Fusion mit ihrem anderen Hauptabnehmer, der amerikanisch beherrschten Rootes/Chrysler Corp. Denn bei der Übernahme durch BMC könne "mehr Rücksicht auf die Bedürfnisse der Abnehmer von Pressed Steel erwartet werden als von einem ausländischen Eigentümer." Aber auch im Interesse der Beschäftigten und der Anteilseigner wollte man einer Fusion mit BMC den Vorzug geben.

Indessen war diese Argumentation nicht ausschlaggebend für die Entscheidung der Kommission, in dem Fusionsvorhaben keinen Verstoß gegen das öffentliche Interesse sehen zu wollen. Ausschlaggebend waren vielmehr die von BMC vorgetragenen Vorteile, mit dem Zusammenschluß Kostenersparnisse und eine erhöhte Produktivität erreichen zu können. Diese Rationalisierungserfolge könnten einmal durch verstärkte Spezialisierung in einzelnen Betrieben bei der Produktion von bestimmten Karosserieteilen erreicht werden. Zum anderen behauptete BMC, daß die Tatsache, daß in Zukunft nicht mehr in zwei verschiedenen Unternehmen getrennte Produktionsplanung betrieben werde, zu Kostenersparnissen führen werde. Einen weiteren Vorteil sah man in den verbesserten Exportchancen von Pressed Steel, die sich aus der starken Position von BMC ergeben würden. Alle diese Rationalisierungserfolge wurden von der Kommission grundsätzlich anerkannt, wenngleich sie ihnen nicht immer dieselbe Bedeutung beimessen wollte, wie das die fusionswilligen Unternehmen taten.

Auf der anderen Seite war sich die Kommission darüber im klaren, daß der Zusammenschluß die Gefahr der Abhängigkeit der anderen Automobilproduzenten in England begründen würde. Diese Gefahr wurde so gesehen, daß die anderen englischen Hersteller von Kraftfahrzeugen "might be embarrassed or even, in the last resort, put out of business, by some failure on the part of Pressed Steel to maintain its supply of bodies"³³⁾ Insbesondere Rootes, die ihre gesamten Karosserien von Pressed Steel beziehen, würde durch diese direkte Lieferabhängigkeit von Pressed Steel in eine indirekte Abhängigkeit von BMC, ihrem größten Konkurrenten, geraten.

Die Kommission hatte damit einen Zusammenschluß zu beurteilen, bei dem ein Rationalisierungsargument, das für die Fusion sprach, mit dem Wettbewerbs- oder Marktmachtargument, das gegen eine Konzentration sprach, im Widerspruch stand. Die Kommission entschied sich für ein Übergewicht des Rationalisierungsargumentes, wobei sie nicht einmal fragte, ob und inwieweit diese Rationalisierungserfolge an den Endabnehmer weitergegeben werden. Die eindeutige Gefahr für den Wettbewerb, die von dieser (während der Untersuchung vollzogenen) Fusion ausgeht, versuchte die Kommission sozusagen vertraglich zu beseitigen. Sie verlangte nämlich die schriftliche Zusicherung von BMC, daß Pressed Steel wie in der Vergangenheit auch weiterhin die anderen Produzenten zu gleichen Bedingungen beliefern und bei einer Übernachfrage die vorhandene Produktion anteilmäßig auf alle Produzenten von Kraftfahrzeugen verteilt werde.

Obwohl die Kommission die Aufgabe der Selbständigkeit von Pressed Steel und die damit verbundene Wettbewerbsbeschränkung bedauerte, konnte sie im Ergebnis einen Verstoß gegen das öffentliche Interesse nicht feststellen.

33) Vgl. den diesbezüglichen Report, aaO, Ziff. 55

(7) British Insulated Callender's Cables / Pyrotenax:

Am 7. Dezember 1966 erteilte das Handelsministerium der Monopolkommission den Auftrag, die geplante Fusion der British Insulated Callender's Cables Ltd. (BICC) mit der Pyrotenax Ltd. zu untersuchen. ³⁴⁾ Von der Möglichkeit, eine "standstill order" für die Untersuchungszeit zu erlassen, wurde kein Gebrauch gemacht. Der Zusammenschluß wurde noch während der Untersuchung durch die Kommission vollzogen.

Während Pyrotenax ein Spezialkabel ("mineral insulated cable") herstellt, werden bei BICC zudem auch herkömmliche Kabelsorten produziert. Die fusionierten Unternehmen hätten auf dem gesamten Kabelmarkt einen Marktanteil von 36 %, dagegen über 90 %, wenn man nur die Produktion des Spezialkabels berücksichtigt. Nach den Vorstellungen von BICC sollte die Abgrenzung des relevanten Marktes so getroffen werden, daß wegen der Substituierbarkeit des Spezialkabels alle Kabelsorten mit einbezogen werden. ³⁵⁾

Ursächlich für diese Fusion war nicht die Bemühung um Rationalisierung und Kosteneinsparung, sondern die Entscheidung des Chemiekonzerns ICI, seinen Anteil an Pyrotenax (17,3 %) an BICC zu veräußern. Dadurch ergab sich für BICC die Gelegenheit, ihren einzigen nennenswerten Konkurrenten ganz zu übernehmen. ³⁶⁾ Angesichts dieser Marktlage sah sich die Monopolkommission veranlaßt, die Folgen dieser Fusion insbesondere auch unter wettbewerblichen Aspekten zu untersuchen.

Die Kommission versuchte zunächst den relevanten Markt abzugrenzen. Hierbei ging sie von den Aussagen der beiden Unternehmen, der Konkurrenten und anderer Marktteilnehmer aus. Einerseits spreche die für einige Anwendungsbereiche bessere Qualifikation der "mineral insulated cable" dafür, eine

³⁴⁾ Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 490, 31 st May 1967; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 6

³⁵⁾ Vgl. den Report, a.a.O., Ziff. 136

Substituierbarkeit auszuschließen. Andererseits wirke sich der Wettbewerb unter den Normalkabel-Produzenten hinsichtlich der Preisfestsetzung auch auf die Spezialkabelpreise aus. Aber auch zwischen den beiden Spezialkabel-Herstellern habe untereinander ein Wettbewerb bestanden. Dieser dokumentiere sich zwar auch in unterschiedlichen Preisen, insbesondere aber in der Gewährung verschiedener Zahlungsbedingungen (wie Skonto, Rabatte und Kredite) und der Leistung von Kundendiensten.

Die Kommission stellte fest, daß die Fusion zwar zu keiner unangreifbaren Monopolstellung, wohl aber zu einer Wettbewerbsbeschränkung führe. Davon ausgehend versuchte sie die Folgen darzustellen, die die Fusion für die Versorgung mit Spezialkabeln haben wird. Zunächst wurde auf die Gefahr verminderter Forschung und Entwicklung durch die fusionierten Unternehmen hingewiesen. Diese Gefahr ergäbe sich einmal aus der wegfallenden stimulierenden Wirkung des Wettbewerbs und zum anderen aus der sich innerhalb des konzentrierten Unternehmens für die BICC ergebenden Möglichkeiten zu regulierenden Eingriffen in die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten bei Pyrotenax. Letztere Bedenken versuchte BICC mit dem Hinweis auszuräumen, daß ihre Konzernpolitik schon immer vom Prinzip der größtmöglichen Selbständigkeit der einzelnen Divisionen bestimmt worden sei. Diese Argumentation ließ die Kommission gelten.³⁷⁾

Sodann ging die Kommission auf die Möglichkeit des fusionierten Unternehmens ein, seine marktbeherrschende Stellung zu benutzen, um übermäßige Gewinne zu erwirtschaften. In diesem Punkt vertraute sie auf den mit 10 % am Markt noch beteiligten Unternehmen Glynwed, dessen Produktionskapazitäten

-
- 36) "BICC was given the opportunity of taking over a company which was both a formidable competitor in mineral insulated cable and at the same time a profitable investment..."
vgl. den Report, aaO, Ziff. 135 sowie 97 ff.
- 37) "But we are satisfied that BICC's decentralised management policy, although it is not equivalent to free competition between separate companies, does nevertheless offer a

ohnehin noch nicht ausgelastet seien. Im übrigen sei es wahrscheinlich, daß im Laufe der Zeit einer der Normalkabel-Produzenten in diesen gewinnträchtigen Markt eintreten werde, wenn auch rechtliche und tatsächliche Marktzutrittsschranken (Patente und hohe Investitionskosten) zu überwinden seien.

Um sicher zu gehen, daß diese und weitere Gefahren des Zusammenschlusses für das öffentliche Interesse sich nicht realisieren, ließ sich das Handelsministerium auf Empfehlung der Monopolkommission Zusicherungen der Unternehmer hinsichtlich ihres zukünftigen Marktverhaltens geben.³⁸⁾ Die BICC verpflichtete sich: die erzielten Kostenersparnisse an die Abnehmer weiterzugeben, den Großhandel weiterhin zu normalen Zahlungsbedingungen zu beliefern, nicht zu Preisen anzubieten, die unter den Selbstkosten liegen, mit dem Ziel, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, Lizenzen zur Herstellung des Spezialkabels zu den üblichen Bedingungen zu erteilen sowie Preislisten zu veröffentlichen.

Am Schluß ihrer Untersuchungen ging die Kommission auf die Vorteile des Zusammenschlusses ein, die für die Entscheidung dann auch den Ausschlag gaben. Dabei akzeptierte sie die Voraussage der BICC, Kostenersparnisse in Höhe von 300.000 bis 400.000 Pfund pro Jahr zu machen, was etwa einer Senkung der Verkaufspreise um 4 % entspräche. Diese Kostenersparnisse wären bei Fusionen dieser Art die übliche Folge von gemeinsamer Produktionsplanung, Spezialisierung, Austausch technischer Erfahrungen etc. Desweiteren werde durch die Fusion der Pyrotenax erspart, ein eigenes Kupferleitungswerk für etwa 250.000 Pfund zu erstellen, da die BICC ein solches bereits besitze.

measure of assurance that the potentialities of mineral insulated cable will be adequately exploited." Vgl. den Report, aaO, Ziff. 144

38) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 157, sowie Appendix 5, Assurances given to the Monopolies Commission by BICC

Der Hauptvorteil liege aber in einer rascheren Absatzsteigerung im Ausland. Zum Zwecke einer stärkeren Exportförderung wären ein größeres Finanzpotential und mehr geschulte Arbeitskräfte erforderlich, als diese das eine oder andere Unternehmen für sich allein besitzt. Durch die Kombination der Ressourcen von BICC mit den Erfahrungen von Pyrotenax werde das konzentrierte Unternehmen im Ausland wettbewerbsfähiger. Die Kommission bedauerte zwar die Reduzierung des Wettbewerbs im Inland, wollte darin aber keine Verletzung der öffentlichen Interessen erkennen; die Exportvorteile und die schriftlichen Zusicherungen würden ein nachträgliches Fusionsverbot als unangemessen erscheinen lassen. ³⁹⁾

Obwohl in dem zuletzt dargestellten Fall die Prüfung der Auswirkungen auf den Wettbewerb im Rahmen der Konkretisierung der öffentlichen Interessen einen breiten Raum eingenommen hat, wurde die Entscheidung von der Monopolkommission letztlich doch auf Erwägungen über Rationalisierungsvorteile bzw. über die Ausnutzung von Ressourcen gestützt.

b) Das Wettbewerbs- oder Marktmachtargument:

Den oben behandelten sieben Fusionsfällen stehen 5 weitere gegenüber, bei denen (wie immer neben anderen Erwägungen) das Wettbewerbs- oder Marktmachtargument im Vordergrund stand. Allerdings wurde auch hier nicht nach einem "wettbewerbspolitischen Leitbild" vorgegangen. Vielmehr ging es lediglich auf pragmatische Art und Weise um die Sicherung der Effekte des Wettbewerbs. Dabei können - wie bereits gezeigt - ⁴⁰⁾ diese Effekte unter Umständen auch durch andere Mittel als durch die Institution Wettbewerb hergestellt werden, z.B. durch die schriftliche Zusicherung eines verbraucher- und kundenfreundlichen Verhaltens. ⁴¹⁾

39) Dieses Ergebnis wurde von Sutherland kritisiert. Er hält es für möglich, daß die Kommission unter dem Druck der Tatsache, daß der Zusammenschluß bereits vollzogen war, nicht anders entscheiden konnte; er empfiehlt deswegen, daß das

Ein derartiges Verhalten wird somit als wichtiger angesehen als die Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit.⁴²⁾ Bei dieser pragmatischen Wettbewerbspolitik wird eine Wettbewerbsbeschränkung durch Marktkonzentration auch dann hingenommen, wenn dem Marktmächtigen eine starke Gegenmacht auf der Nachfrageseite gegenüber steht. Im oben bereits dargestellten Fall eines Zusammenschlusses im Bereich der Dentalindustrie⁴³⁾ war (neben einer starken Auslandskonkurrenz) das Gesundheitsministerium als Aufsichtsorgan im Rahmen des National Health Service ausreichend, um der Gefahr einer Ausbeutung des Marktes durch einen beherrschenden Anbieter zu begegnen.

So sah man auch im folgenden Fall trotz des Entstehens eines uneingeschränkten Monopols keine gravierenden Nachteile für das öffentliche Interesse, da die starke Stellung der Automobilproduzenten als Abnehmer ihrerseits die Etablierung einer Gegenmacht in Form der fusionierenden Zulieferer-Unternehmen geradezu erforderlich mache.

(8) Guest, Keen & Nettlefolds / Birfield:

Am 12. Juli 1966 beauftragte der Board of Trade die Monopolkommission zu untersuchen, ob das Vorhaben der Guest, Keen & Nettlefolds Ltd. (GKN), die Birfield Ltd. zu übernehmen, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufe.⁴⁴⁾ Auch in diesem Fall wurde keine "standstill order" erlassen und die Übernahme wurde noch während den Untersuchungen der Kommission vollzogen.

DTI bei jedem Untersuchungsauftrag die sog. "standstill order" erlassen sollte. A. Sutherland, The Monopolies Commission in action, Cambridge 1970, S. 64; Die Vermutung Sutherlands erscheint nebenbei auch deswegen glaubhaft, weil trotz des angeblichen Überwiegens der Vorteile (Rationalisierungserfolge) diesen im Bericht nur knapp zwei Seiten gewidmet werden, die Nachteile (Wettbewerbsbeschränkung) dagegen auf über zehn Seiten abgehandelt werden.

40) Siehe oben die beiden letztgenannten Fälle: British Motor Corporation / Pressed Steel und British Insulated Callender's Cables / Pyrotenax

41) Huffs Schmid, Konzentrationspolitik in England, S. 143

42) Vgl. Huffs Schmid, aaO, S. 144

43) Vgl. oben Fall (2)

Die Birfield Ltd. ist eine Holding, deren Einzelunternehmen (Hardy Spicer Ltd., Laycock Engineering Ltd., Forgings & Presswork Ltd.) Autoeinzelteile produzieren. Während Hardy Spicer anfangs eine Monopolstellung in der Produktion von Kardanwellen besaß, mußte sie seit 1966 den Markt mit der BRD Comp. Ltd., einer Tochtergesellschaft der GKN teilen. Daneben stellte die Birfield Ltd. auch Kardangelenke für Vorderradantrieb her, die im Produktionsprogramm von GKN fehlten und auch von keinem anderen Zulieferer hergestellt werden. Dabei war zu beachten, daß in der englischen Automobilindustrie bis zu 50 % der Herstellungskosten eines Fahrzeugs auf fremdbezogene Teile entfallen, und daß keine Kraftfahrzeugfirma Kardanwellen und -gelenke selbst herstellt, die beiden fusionswilligen Unternehmen vielmehr die einzigen Zulieferer sind.

Eines der Ziele, die GKN mit der Übernahme von Birfield erreichen wollte, war die Schaffung einer Gegenmacht der Auto-Zuliefererfirmen gegen die starke Stellung der Automobilproduzenten im In- und Ausland. Dabei solle es nach Ansicht von GKN für die Preisgestaltung günstiger sein, ein konzentriertes Großunternehmen zu haben als mehrere im Wettbewerb stehende Zulieferer.⁴⁵⁾

Die Monopolkommission äußerte sich zunächst zu ihrer Prüfungsaufgabe, die nicht darin bestehe, festzustellen, ob die Fusion für GKN von Vorteil sei und auch nicht darin, eine Vorteilhaftigkeit für das öffentliche Interesse zu verlangen. Getreu dem Gesetzeswortlaut habe sie vielmehr nur zu untersuchen, ob die Fusion dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft ("...may be

44) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 3186, January 1967; Bierling in WuW 1967, S. 731 ff.; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 4

45) GKN argumentierte: "...that competition, involving fragmentation of load, might tend to reflect the lowest "available" price to the customer but it would not reflect the lowest "attainable" price." Dies letztere könne aber eher von einem Monopolisten erreicht werden, der in der Lage ist, durch rationellste Ausnutzung der Ressourcen ein Maximum an Rendite zu erreichen. Vgl. den Report, aaO, Ziff. 104

expected to operate against the public interest"). Hierbei ging sie von der Tatsache aus, daß durch den Zusammenschluß die alte Monopolstellung (der Birfield bis 1960) bezüglich Kardanwellen in Gestalt des konzentrierten Unternehmens GKN wiederhergestellt wurde und hinsichtlich der Produktion von Kardangelenken für vorderradangetriebene Fahrzeuge die weitere Monopolstellung von Birfield durch die Übernahme abgesichert sei.

Diese Marktanalyse zwingt zu Betrachtungen in dreierlei Hinsicht. Zunächst sei die Wirkung der Fusion auf die Entwicklung von Kosten und Preisen zu beleuchten. Dem von GKN vorgetragenen Argument der Kostenersparnis maß die Kommission keine große Bedeutung bei: "We do not think that the prospect of saving costs in the production and supply of propeller shafts played any great part in bringing about this merger".⁴⁶⁾ Die Gefahr einer Ausnützung ihrer Monopolstellung, um überhöhte Preise zu fordern, hielt die Kommission für nicht eindeutig prognostizierbar. Denn immerhin seien ja ihre Abnehmer -die Automobilhersteller- auch selbst in der Lage, Kardanwellen und -gelenke herzustellen oder von anderen Zulieferern herstellen zu lassen. Dieser potentielle Marktzutritt anderer Unternehmen wirke sich kontrollierend auf die Preisgestaltung aus. Nach Prüfung einiger weiterer Aspekte kam die Kommission zu dem Schluß, daß die Übernahme von Birfield hinsichtlich der Kosten- und Preisentwicklung nicht gegen das öffentliche Interesse verstößt.

Sodann wurde darauf eingegangen, wie sich der Zusammenschluß auf die Sicherheit der Belieferung der Automobilproduzenten mit Autoeinzelteilen auswirke. Die Kommission setzte sich zunächst mit dem von GKN vorgetragenen Argument auseinander, daß ein Monopolist die Nachfrage auf dem Markt eher vorhersehen und auf Veränderungen reagieren könne als mehrere Wettbewerber.⁴⁷⁾ Dagegen gab die Kommission zu bedenken, daß gerade, als Birfield noch eine Monopolstellung besaß (1959/60) ein

⁴⁶⁾ Vgl. den Report, aaO, Ziff. 130

Engpaß bei der Produktion von Kardanwellen entstanden sei, was dann dazu geführt habe, daß sich auch GKN auf diesem Markt ausbreitete. Es blieben auch gewisse Zweifel bestehen, ob nicht ein konkurrenzloses Unternehmen der Versuchung ausgesetzt sei, sein Angebot immer etwas unter dem Nachfrage-niveau zu halten, um so sicher zu gehen, ständig ausgelastet zu sein. Dennoch kam die Kommission auch in diesem Punkt letztlich zu dem Ergebnis, daß angesichts der starken Stellung der Automobilindustrie der Zusammenschluß dieser beiden Zulieferer sich nicht negativ auf das öffentliche Interesse auswirke, da hierdurch die Sicherheit der Belieferung zwar nicht erhöht, aber auch nicht bedroht sei.

Als dritter Aspekt wurde die Auswirkung des Zusammenschlusses auf die Entwicklung der Qualität der Erzeugnisse, insbesondere auf deren Verbesserung und Erneuerung erörtert. Einerseits könne es sich positiv auswirken, wenn sich das know-how und das Forschungspotential von Birfield paare mit den größeren Ressourcen von GKN. Andererseits sei aber auch bekannt, daß getrennte Forschung und Entwicklung unter dem Druck des Wettbewerbs fruchtbar sein könne. Die Kommission entschied sich zwischen diesen beiden Argumenten für die positiven Auswirkungen des Zusammenschlusses, zumal die Birfield Ltd. auf lange Sicht ohnehin keine gesicherte Zukunft gehabt hätte.

In einer Schlußbetrachtung, in der die Fusion als Ganzes bewertet wird, begründete die Kommission ihre Vermutung, daß die Birfield Ltd. ihre Selbständigkeit auf Dauer doch nicht hätte bewahren können. Die gesamte Automobilbranche und davon seien die Zulieferfirmen nicht ausgenommen, konzentriere sich zunehmend stärker. Denn in diesem Wirtschaftszweig sei man erst ab einer gewissen Größenordnung in der Lage, das Vertrauen der Abnehmer zu gewinnen und zugleich eine angemessene Gewinnspanne zu erwirtschaften. Insgesamt konnte in der Fusion also kein Verstoß gegen das öffentliche Interesse gesehen werden.

47) "GKN argues that, given all these uncertain factors in any event, two component manufacturers who each have additionally to speculate upon what their respective shares of

In den folgenden beiden Fällen wurde von der Monopolkommission eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Fusion eindeutig festgestellt. In beiden Fällen war weder eine gegengewichtige Marktmacht vorhanden, noch konnten die Wettbewerbseffekte durch Zusicherungen hergestellt werden. Da zudem der Verdacht bestand, daß die Unternehmen ihre konzentrierte Marktmacht zu Preismanipulationen mißbrauchen würden, mußte die Kommission in beiden Fällen ein Verbot empfehlen.

(9) Ross Group / Associated Fisheries:

Der zweite Fall, der der Kommission seit Erlaß des Monopolies and Mergers Act, 1965 zur Untersuchung vorgelegt wurde, betraf die beabsichtigte Fusion der Ross Group Ltd. mit der Associated Fisheries Ltd.⁴⁸⁾ Die Ross Group betätigt sich hauptsächlich in folgenden Bereichen: Geflügelzucht, Gefrierkost, Hochseefischerei, Fischhandel, Lebensmittelgroß- und -einzelhandel, Motoren- und Schiffbau, Chemikalien und Überseehandel. Entscheidend ist für den vorliegenden Fall, daß die Ross Gruppe das größte Fischhandelsunternehmen in England besitzt.

Associated Fisheries besitzt eine der größten Hochseeflotten, auf die 35 % des gesamten Konzernumsatzes entfällt, Fischverarbeitungsbetriebe und Fischhandelsgeschäfte, sowie verschiedene andere Unternehmen des Großhandels und Gaststättenbetriebe. Im Fall eines Zusammenschlusses würde der vereinigte Konzern einen Anteil von 54 % des gesamten Kabeljau-Angebots in den beiden wichtigsten Häfen Hull und Grimsby anlanden. Die dadurch zustande kommende überragende Marktstellung dokumentiert sich auch darin, daß der vereinigte Konzern 117 Trawler der insgesamt 196 Trawler der britischen Dampfer-Hochseefischerei besitzen würde.

the total market for their particular component will be are more likely to arrive at a wrong conclusion than a single monopoly supplier who can at least be confident that the whole demand will fall upon him." Vgl. den Report, aaO, Ziff. 138

Nach Überweisung des Falles an die Kommission hat die Ross-Gruppe ihr Übernahmeangebot an die Associated Fisheries zurückgezogen, um das Untersuchungsergebnis abzuwarten. Die Kommission mußte die Untersuchung durchführen, da die Ross Gruppe zu verstehen gab, daß sie ihre Fusionspläne nicht aufgegeben habe.

Die Kommission ging bei ihrer Beurteilung des Zusammenschlußvorhabens von einer Abgrenzung des relevanten Fischmarktes aus und untersuchte sodann die möglichen Auswirkungen auf Fischfang und Fischhandel. Im Bericht der Kommission wurde festgestellt, daß man den Markt für Fisch nicht als einheitliches Ganzes betrachten könne; vielmehr zerfalle der Gesamtmarkt in bestimmte Teilmärkte nach Fischarten und Abnehmergruppen. Wenngleich ein gewisser Ausgleich zwischen den einzelnen Teilmärkten bestehe, so sei das Ausmaß der Substituierbarkeit (z.B. von Hochseefischen durch Küstenfische) dennoch durch die verfügbaren Mengen begrenzt.⁴⁹⁾ Die Kommission hielt es insbesondere für entscheidend, den Kabeljau-Markt von dem übrigen Fischmarkt zu trennen.⁵⁰⁾

Bezogen auf den gesamten englischen Fischfang hätte das konzentrierte Unternehmen nur etwa einen Anteil von einem Fünftel. Betrachtet man dagegen den relevanten Kabeljau-Markt -er macht 40 % des gesamten Fischmarktes aus- so ergibt sich ein Marktanteil von 54 % an der Anlandung in den beiden Humberhäfen Hull und Grimsby, über die mehr als 70 % der gesamten Kabeljauversorgung läuft.

48) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 42, 18 th May 1966; Bierling, WuW 1966, S. 895 ff.; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 2; Wilberforce Restrictive Trade Practices and Monopolies, First Supplement to the 2 nd edition, 1969, Rdnr. 1330

49) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 117: "...the extent of substitution is limited ... by the fact that different outlets need different kinds of fish."

50) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 116

Aus der starken Marktstellung der beiden Unternehmen am Kabeljau-Markt schloß die Kommission, daß das konzentrierte Unternehmen in der Lage sein werde, die Kabeljaupreise zu manipulieren. Desweiteren könnte es seine Machtposition gegen abhängige Unternehmen in den beiden Fischereiverbänden und den Zuliefererbereichen (Eis, Kabeljauleber, Öl und Fischmehlproduktion) mißbrauchen.⁵¹⁾ Einerseits wurde zugestanden, daß ein derartiger Mißbrauch bisher nicht vorgekommen sei; andererseits lasse die derzeitige Situation der britischen Fischereiindustrie auch nicht erkennen, wie die Bildung einer anderen Gruppe ein Gegengewicht gegen das konzentrierte Unternehmen schaffen könnte.⁵²⁾

Bei der Untersuchung der Auswirkungen auf den Fischhandel ging die Kommission davon aus, daß die fusionswilligen Unternehmen zusammen einen Marktanteil von etwa 14 % am gesamten Fischabsatz besäßen. Das ist fast doppelt so viel wie der Anteil des nächstgrößten Konkurrenten. Auch ohne einen Zusammenschluß wachse der Marktanteil der Ross Group und der Associated Fisheries ständig, was einen Rückgang der Anzahl der kleineren Unternehmen mit sich bringe. Durch diesen Zusammenschluß würde dieser Prozeß noch beschleunigt. Vom Gesichtspunkt der Wettbewerbskraft war nach Ansicht der Kommission entscheidend die Verbindung einer großen Verteilerorganisation mit einem beherrschenden und immer noch wachsenden Anteil an Anlandungen von Kabeljau. Aus allen diesen Gründen sei es nicht auszuschließen, daß das konzentrierte Unternehmen eines Tages versuchen könnte, den Preis für Fisch

51) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 120: "...to impose their views on their companies."

52) Ebenda, Ziff. 120: "Nevertheless we do regard the nervousness of other companies as legitimate and whatever steps might be taken to safeguard their interest in particular facilities and whatever might be the terms of an undertaking by Ross Group, the essential fact would remain that there would be no other company on the Humber strong enough to stand up against the combined company, whose views, in the event of disagreement, could be expected to prevail."

anzuheben, um höhere Erträge zu erzielen. Wenn das Ansteigen der Verbraucherpreise ohnehin nicht zu umgehen sei, so sei es doch besser, eine solche Entwicklung den Marktkräften zu überlassen als einer Einflußnahme durch ein einziges Unternehmen.⁵³⁾

Die Kommission überprüfte auch im einzelnen die von der Ross Gruppe ausgerechneten Einsparungen, die diese auf insgesamt 790.000 Pfund jährlich beziffert hatte. Diese sollten sich ergeben aus Ersparnissen an Personalausgaben, Frachtkosten, Lagerhaltung von Gefrierfisch, an technischen Diensten, Nachrichtenübermittlung und Zinsendienst. Abgesehen davon, daß sich die Unternehmen nicht zu einer Weitergabe dieser Einsparungen an die Verbraucher in Form niedrigerer Preise, sondern nur zu einer Preisstabilisierung bereit erklären wollten, konnte die Kommission die behaupteten Einsparungen insgesamt nicht als so bedeutend für das öffentliche Interesse ansehen, als daß sich daraus eine Notwendigkeit zum Zusammenschluß ergeben könnte.

In diesem Fall stand die Erhaltung des Wettbewerbs im Mittelpunkt der Betrachtungen der Kommission. Zusammenfassend kam sie zu dem Ergebnis, daß eine Gewinnerhöhung nur durch autonome Preismanipulation zu erreichen sei. Die erhöhte Marktmacht würde also nur zu einer Rentabilitätserhöhung über Marktmanipulation -zu Ungunsten der Verbraucher und Konkurrenten- ausgenutzt werden können. Aus diesem Grund hat sich die Monopolkommission mit sechs gegen zwei Stimmen gegen den beabsichtigten Zusammenschluß ausgesprochen, da er gegen das öffentliche Interesse verstoße.

53) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 125

(10) British Sidac/Transparent Paper:

Auch der am 7. Juli 1970 der Monopolkommission zugeleitete Fusionsfall zwischen der British Sidac Ltd. und der Transparent Paper Ltd. wurde von ihr abgelehnt.⁵⁴⁾ Die British Sidac verpflichtete sich während der Untersuchungszeit bezüglich ihres Übernahmeangebots nichts weiter zu unternehmen, so daß das Handelsministerium keine "standstill order" erließ.

Beide Unternehmen sind in der Zelluloseindustrie tätig. Sie stellen Zellulosefolien her und verarbeiten im wesentlichen ihre eigenen Zellulosefolien zu durchsichtigem Verpackungsmaterial in der vom Endverbraucher gewünschten Form.⁵⁵⁾ Diese Produkte werden in England nur von drei Unternehmen hergestellt: Bei einem Import von 7 % hält die British Cellophane Ltd. 47 % des Marktes an nicht weiterverarbeiteten Zellulosefolien, die British Sidac 35 % und die Transparent Paper Ltd. 11 %. Auf dem Verarbeitungssektor sehen sich diese drei Hersteller einer größeren Zahl von unabhängigen Firmen gegenüber, die ein Drittel der (im wesentlichen von den 3 Herstellern produzierten) Zellulosefolien weiterverarbeiten. Substitutionsprodukte für Zellglas sind je nach Verwendungszweck genügend und in steigendem Umfang (neuere Kunststoffe) auf dem Markt. Allerdings sind die Hauptproduzenten auch hier die British Cellophane und die Sidex Ltd., letztere ein Gemeinschaftsunternehmen von ICI und British Sidac (51 %).

Die Übernehmende Gesellschaft British Sidac hatte zu verstehen gegeben, daß sie mit der Fusion u.a. bezwecke, die Preise für verarbeitete und unverarbeitete Zellglasprodukte anzuheben. Die von Transparent Paper bisher geforderten niedrigeren Verarbeitungspreise hinderten die beiden Wettbewerber, ihre Preise zu erhöhen. Insbesondere war die British Sidac bis dahin gezwungen, die von ihr hergestellte und zum großen Teil nicht weiter verarbeitete

54) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 154, 12 th November 1970; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 14

55) Zu den technischen Einzelheiten dieses Industriezweigs und seiner Produkte vgl. den Report, a.a.O., Ziff. 9 - 15

Ware zu niedrigen Preisen den unabhängigen Verarbeitungsbetrieben anzubieten. Insofern waren auch die Bedenken dieser kleineren Verarbeitungsbetriebe, die auch mit den drei Herstellerfirmen im Wettbewerb stehen, zu beachten; diese wiesen nämlich auf einen möglicherweise zu erwartenden Preisdruck von Seiten des konzentrierten Unternehmens und der British Cellophane hin.⁵⁶⁾ Die Kommission sah sich deswegen veranlaßt, zu prüfen, ob die zu erwartende Preiserhöhung und die möglichen Beeinträchtigungen der unabhängigen Verarbeitungsbetriebe als Folge der Fusion sich nachteilig auf das öffentliche Interesse auswirken würden.

Eine Gegenüberstellung der Gewinn- und Verlustmargen der beiden Unternehmen ergab, daß die British Sidac die vergangenen drei Jahre mit 14 %, 11 % und 12 % Gewinn (bezogen auf den Gesamtumsatz) gearbeitet hatte, wohingegen Transparent Paper im gleichen Zeitraum nur 7 %, 7 % und 6 % Gewinn aufweisen konnte.⁵⁷⁾ Dabei waren die niedrigeren Gewinnmargen auf die (im Gegensatz zur Produktion) unprofitable Verarbeitung zurückzuführen.

Nach allgemeiner Ansicht ist die Zellglasindustrie kein expansiver Markt, der größere Gewinnchancen in sich birgt. Dieser Umstand ließ die Kommission zu dem Schluß kommen, daß es nicht im öffentlichen Interesse liege, wenn die British Sidac "should make higher levels of profit in this rather static market so as to be able to finance expansion, particularly when this would involve the making of higher profits by British Cellophane as well."⁵⁸⁾ Im übrigen habe die Transparent Paper als "dritte Kraft" in der Vergangenheit durch ihre niedrigeren Preise einen beachtlichen Einfluß auf die Preispolitik der beiden großen Unternehmen ausgeübt. Dies zeige die Tatsache, daß die British Sidac eine Preiserhöhung

56) Dazu stellte die Kommission fest: "We have no reason to believe that the combined company would have the power on its own, or the intention, to manipulate prices so as to eliminate its competitors but it might well seek to charge prices for unconverted film which would support the price level for converted film." Ebenda, Ziff. 164

nur durch Ausschaltung des dritten Wettbewerbers erreichen könne. Die beabsichtigte Fusion bringe somit bedeutende Nachteile für das öffentliche Interesse, sodaß als weiteres geprüft werden müsse, ob diese Nachteile durch etwaige Vorteile ausgeglichen werden könnten.

Von den von British Sidac vorgetragenen Konzentrationsvorteilen wollte die Kommission Kosteneinsparungen und ein wirksameres Management unter Leitung der British Sidac nicht gelten lassen. Auch das Argument, daß das konzentrierte Unternehmen nach dem Eintritt Großbritanniens in den Gemeinsamen Markt in diesen Ländern wettbewerbsfähiger sein werde und damit positive Auswirkungen auf die englische Zahlungsbilanz habe, wurde als unbedeutend zurückgewiesen.

Die Kommission konnte sich zu keiner Prognose über die Zukunftsaussichten der Zellglasindustrie entschließen. Sie stellte aber fest, daß die Bedeutung dieser Produkte zunehmend von neuen Kunststoffen gemindert werde.⁵⁹⁾ Da aber im Fall einer Fusion beide verbleibenden Unternehmen auch auf den Substitutionsgüter-Märkten tätig sind, bestehe die Gefahr, daß die Preise der substituierbaren Güter von den Duopolisten nach ihren Interessen festgesetzt werden. So sah die Kommission in der Existenz von Transparent Paper auch eine indirekte Gewähr dafür, daß die im Preis sich gegenseitig beeinflussenden Substitutionsgüter (hier vor allem: cellulose film und polypropylene film) nicht teurer würden.

Nachdem die Kommission die Notwendigkeit einer Fusion ausschloß, da Transparent Paper auch in Zukunft selbständig lebensfähig sei, kam sie zu dem Ergebnis, daß den festgestellten Nachteilen keine nennenswerten Vorteile gegenüberstehen. Der Zusammenschluß verstoße somit gegen die öffentlichen Interessen.

57) Vgl. im einzelnen den Report, a.a.O., Ziff. 168

58) Ebenda, Ziff. 170

59) Ebenda, Ziff. 184 ff., 31 ff.

Die beiden folgenden Fusionsvorhaben, die von der Kommission abgelehnt wurden, haben insofern eine Gemeinsamkeit, als bei beiden die Notwendigkeit und Priorität eines wirksamen Wettbewerbs klar herausgestellt wurde. Dieser Wettbewerb werde aber durch konzentrierte Marktanteile von über einem Drittel bzw. fast 50 % beschränkt. Demgegenüber könnten auch Rationalisierungserfolge nicht ins Gewicht fallen.

(11) United Drapery Stores / Montague Burton:

Hier ging es um das Zusammenschlußvorhaben der United Drapery Stores Ltd. (UDS) mit der Montague Burton Ltd. (Burton), das der Kommission am 10. Mai 1967 zur Untersuchung vorgelegt wurde.⁶⁰⁾ Das Handelsministerium machte keinen Gebrauch von der Möglichkeit, eine "standstill order" zu erlassen. Während der Untersuchung wurde von den Beteiligten nichts unternommen, um die Fusion zu vollziehen.

Bei den beiden Unternehmen handelt es sich um Hersteller von Herrenoberbekleidung, die über eigene Ladenketten auch im Einzelhandel tätig sind. Das konzentrierte Unternehmen hätte durch den Zusammenschluß im Einzelhandel mit Herrenanzügen einen Marktanteil von 35 % und bei billigeren Herrenanzügen (in einer Preislage bis zu 20 Pfund) einen Anteil von etwa 45 % erreicht.

Die Kommission setzte sich zunächst mit den Vorteilen und sodann mit den Nachteilen der Fusion auseinander. UDS hatte behauptet, daß die Produktionsmittel bei Burton nicht voll ausgenutzt seien, was sich durch einen Zusammenschluß abstellen ließe. Das veranlaßte die Kommission zunächst einen Rentabilitätsvergleich zwischen den beiden Unternehmen anzustellen. Als Vergleichsmaßstab wurde von den Einzelhandels-

60) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 3397, September 1967; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, United Kingdom, Abschnitt 3.2, Nr. 7

umsätzen ausgegangen, davon die Materialkosten abgezogen und das Ergebnis durch die Zahl der Beschäftigten dividiert. Die solchermaßen errechnete Ertragsfähigkeit (value added per employee) war bei beiden Unternehmen nahezu dieselbe.⁶¹⁾ Demgegenüber war die Produktivität gemessen als Verhältnis der hergestellten Kleidungsstücke zur Beschäftigtenzahl bei Burton tatsächlich geringer. Da aber die UDS im Bereich des Einzelhandels gegenüber Burton keine Verbesserungsvorschläge machen konnte, wäre die von ihr beabsichtigte Rentabilitätssteigerung auf Kosten der Qualität der Produktion gegangen. Diese Konzentrationsfolge konnte von der Kommission nicht als Vorteil gewertet werden.

Darüber hinaus sah die Kommission auch keine Möglichkeit zu Kosteneinsparungen in größerem Umfang. Die optimale Betriebsgröße, die in dieser Branche bei etwa 500 - 1000 Beschäftigten liege, habe man auf beiden Seiten bereits erreicht. Durch Schließung oder Zusammenlegung von Geschäften ließen sich keine Einsparungen machen und dies sei auch gar nicht beabsichtigt. Kleinere Vorteile könnten sich bei der Auslieferung der Konfektion an die Verkaufsstellen ergeben. Im übrigen gebe es keine Kosteneinsparungen, die UDS und Burton nicht auch getrennt machen könnten; im Gegenteil solle dann noch der Wettbewerbsdruck dafür, daß verstärkte Anstrengungen unternommen werden.

Das Hauptargument, warum Burton eine Fusion mit UDS anstrebte, war, für die Zukunft ein bewährtes Topmanagement für ihre Gruppe zu finden. Sie hatte sich bisher vergeblich bemüht, Führungsnachwuchs für ihre Spitzenpositionen zu bekommen und sah nun nur noch die Möglichkeit, das Problem über eine Fusion zu lösen. Dieses Argument wollte die Kommission nicht gelten lassen. Obwohl sie die Schwierigkeiten sah, glaubte sie, daß sich ein neues Management finden lasse. Im übrigen könne es angesichts der unterschiedlichen Betriebstradition (insbes. in Bezug auf das Verhältnis zur Arbeitnehmerschaft) zu Differenzen bei der Führung durch UDS kommen.

61) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 115

Als möglicherweise nachteilig prüfte die Kommission die Auswirkungen der Fusion im Hinblick auf eine Reduzierung des Wettbewerbs im Einzelhandel, eine Konzentration der Nachfragemacht und eine Verschlechterung der innerbetrieblichen Arbeitsbedingungen.

Doch zunächst begründete sie ihre Ansicht, daß der relevante Markt in der Weise abzugrenzen sei, daß Herrenanzüge und innerhalb dieses Bereichs noch einmal solche bis zu einem Preis von 20 Pfund gesonderte Beachtung verdienten. Nach dieser Marktabgrenzung ergebe sich für das konzentrierte Unternehmen ein Marktanteil von 35 % resp. etwa 45 %. Wie die Kommission feststellen konnte, herrschte bisher ein harter Wettbewerb unter den Marktteilnehmern, der sich vor allem zwischen den beiden marktstärksten UDS und Burton auswirkte. Unter diesem Druck sei es den beiden Unternehmen gelungen, durch Rationalisierung die enormen Lohnsteigerungen der vergangenen Jahre aufzufangen.⁶²⁾ Wenn nun der Wettbewerb zwischen ihnen wegfielen, so meinte die Kommission, sei die Gefahr beträchtlich, daß sie sich zu einem Preisführer entwickeln würden. Zusätzlich könne sich der Zusammenschluß leicht als Anreiz zu weiterer Konzentration auswirken.

Durch den Zusammenschluß entstehe im Bereich des Einzelhandels eine Nachfragemacht, der die Textilindustrie nichts entgegenzusetzen habe. Daran ändere auch nichts, daß die Ladenketten von UDS und Burton weiterhin getrennt einkaufen würden. Vor allem die kleineren Produzenten der Textilindustrie würden bei den Preisverhandlungen die gewichtige Bedeutung des Konzerns zu spüren bekommen.

Angesichts dieser negativen Auswirkungen der Fusion und der Unmöglichkeit, diese Auswirkungen durch Zusicherungen von Seiten der Unternehmen zu verhindern, sah sich die Kommission gezwungen, (bei einer Gegenstimme⁶³⁾) dem Handelsministerium zu empfehlen, ein Verbot auszusprechen.

62) "We have no doubt that this progress has been stimulated by the keen price competition between retailers, and we think that it is most important in the public interest

(12) Barclays Bank / Lloyds Bank / Martins Bank:

Das andere Fusionsvorhaben, das gegen das öffentliche Interesse verstieß, war jenes zwischen der Barclays Bank Ltd. und der Lloyds Bank Ltd. mit oder ohne Einschluß der Martins Bank Ltd. Es wurde der Monopolkommission am 12. Februar 1968 zur Untersuchung vorgelegt.⁶⁴⁾ Von der Möglichkeit zum Erlass einer "standstill order" hatte das Handelsministerium keinen Gebrauch gemacht.

In einem umfangreichen Bericht stellte die Kommission die Situation der englischen Girobanken dar, die Zusammenschlüsse der vergangenen 60 Jahre und die momentanen Verflechtungen. Einen Monat zuvor (am 26.1.1968) wurde die Fusion der Westminster Bank mit der National Provincial Bank bekannt-gegeben, wobei das Ministerium einen Untersuchungsauftrag nicht eingeleitet hatte. Durch diesen Zusammenschluß, der den Anstoß für das vorliegende Fusionsvorhaben gab, kam es zu folgender Marktaufteilung: National Provincial / Westminster 24,6 %, Barclays 24,1 %, Midland 21,4 %, Lloyds 18,2 %, Martins 4,9 % und 5 weitere Banken mit zusammen 6,8 % Anteil am Gesamtdepositengeschäft.⁶⁵⁾ In detaillierten Befragungen der 200 größten englischen Firmen und von 126 mittelgroßen Betrieben wurden die Meinungen der wichtigsten Kunden zu dem Fusionsvorhaben ermittelt.⁶⁶⁾

Bei ihren Überlegungen, ob der Zusammenschluß gegen das öffentliche Interesse verstößt, ging die Kommission zunächst von den Vorteilen aus, die die Banken in Aussicht gestellt hatten. Ein Vorteil bestehe in der Verbesserung eines sich über das ganze Land erstreckenden Netzes von Filialen. Dem stimmte die Kommission für die Fusion der relativ kleinen Martins Bank mit einer der beiden großen Banken zu. Nicht zutreffend sei

that this competition should be reserved both as a spur to efficiency and as a safeguard to the general public." Ebenda, Ziff. 140

63) Vgl. Note of Dissent by Mr. A.R. Barrowclough, ebenda Ziff. 149 - 153, der sich für eine Zulassung der Fusion aussprach.

dieses Argument jedoch für den Zusammenschluß der beiden Großbanken, denn mit wenigen Ausnahmen sei immer dort, wo Barclays eine Filiale habe, auch eine von Lloyds zu finden. Ein weiterer Vorteil bestehe (nach Ansicht der Banken) darin, daß die konzentrierte Großbank eher den Anforderungen der Großindustrie entsprechen könne. Diesem Argument wurde ein entsprechendes Umfrageergebnis entgegengehalten, wonach nur 5 % der sehr großen Unternehmen mit mehr als einer Girobank Geschäftsverbindungen aufrechterhalten und dies mit der unzureichenden Größe der Banken begründeten. Die überragende Mehrheit sprach sich eindeutig für die Vorteilhaftigkeit eines Wettbewerbs unter den Girobanken aus.

Die weitere Untersuchung galt der internationalen Wettbewerbsfähigkeit insbesondere im Hinblick auf die amerikanischen Großbanken. Nach Ablehnung des Strebens nach Größe als Selbstzweck⁶⁷⁾ wies die Kommission darauf hin, daß der Wettbewerb mit den amerikanischen Banken in Großbritannien in keiner Weise bedrohlich sei und daß Barclays im Ausland über ein größeres Netz von Filialen verfüge als die amerikanischen Konkurrenten, die sich nur in den Finanzzentren niederlassen würden.

Die Kommission überprüfte sodann die Angaben der drei Banken wonach Kosteneinsparungen durch Schließung von Niederlassungen zu erreichen seien, deren Tätigkeitsbereiche sich räumlich überschneiden würden. Danach könnten 725 Filialen und 475 Zweigstellen geschlossen werden, was eine Einsparung von 3500 Beschäftigten bzw. 6 - 7 Millionen Pfund pro Jahr einbringen

64) Vgl. den diesbezüglichen Report, House of Commons, No 319, 15 th July 1968; OECD-Guide to Legislation on Restrictive Business Practices, Vol. III, Abschnitt 3.2, Nr. 9

65) Vgl. die Zusammenstellung im Report, aaO, Ziff. 13

66) Eine Zusammenfassung dieser Umfrage findet sich im Report, aaO, Appendix 6 - 9

67) "...size is of no more than marginal importance in this context; it is certainly of far less importance than efficiency and cost. In any case, Barclays, in particular, and Lloyds are already among the world's largest banks. The argument that the combined bank would become the fourth largest in the world is an appeal to national pride but has little, if any, practical significance." Ebenda, Ziff. 233

würde.⁶⁸⁾ Diese optimistische Rechnung lehnte die Kommission ab; jedoch nicht so sehr wegen der Höhe des Betrags, sondern wegen der zeitlichen Vorhersage (diese Einsparungen sollten im Laufe der nächsten 5 - 10 Jahre gemacht werden). Die Unhaltbarkeit ergebe sich aus den Erfahrungen die bei anderen Bankenfusionen gemacht worden sind: "However, we believe that they could not achieve all these savings in so short a time as the five to ten years which they forecast."⁶⁹⁾ Bezüglich der Kosteneinsparungen, die sich durch den vermehrten Einsatz von Computern ergeben würden, meinte die Kommission, daß dies auch schon durch eine Fusion zwischen Martins Bank mit Barclays oder Lloyds zu erreichen sei und nicht eine Fusion der beiden Großbanken erfordere. Entscheidend für das öffentliche Interesse sei aber, ob und wie die Kostenersparnisse an die Kunden weitergegeben werden. Da die Einsparungen in relativ kleinen Beträgen von weniger als 1 Million Pfund pro Jahr entstehen würden, bestehe die Gefahr, daß sie in den durch die Fusion herbeigeführten allgemeinen Veränderungen von Einnahmen und Ausgaben untergehen würden.

Als weiteren Nachteil stellte die Kommission die Verminderung der Wahlmöglichkeiten durch die Bankkunden heraus. Davon seien zwar nicht so sehr Einzelpersonen und große Konzerne betroffen. Bei ersteren hat sich gezeigt, daß sie ohnehin selten die Bank wegen unterschiedlicher Leistungsangebote wechseln. Letztere haben auf Grund ihrer Größe eine beachtliche Machtposition und auch Zugang zu anderen, insbesondere ausländischen Geldquellen. Die eigentlich Betroffenen seien vielmehr mittelgroße und kleine Unternehmen, denen ein Ausweichen auf andere Geldinstitute verwehrt ist. Sie brauchten aber als Kreditnehmer eher mehr als weniger Kreditinstitute, die miteinander im Wettbewerb stehen.⁷⁰⁾

68) Vgl. den Report, aaO, Ziff. 62 - 69

69) Ebenda, Ziff. 245

70) "Small fast-growing enterprises, which are liable to be especially dependent on short term finance, and those with new ventures or ideas, each of which is liable to be considered unattractive as a borrower by some potential lenders, would be among the principal sufferers. Such

Als letzten Punkt untersuchte die Kommission die Auswirkungen der Fusion auf die Struktur des Girobankensystems und auf das zukünftige Marktverhalten. Auszugehen war hier von der Tatsache, daß es durch die Fusion zu einer marktbeherrschenden Stellung (47,2 %) der Barclays/Lloyds/Martins Bank gekommen wäre, die größer gewesen wäre als die beiden anderen Großbanken zusammen (46 %). Es war zu prüfen, ob dieses 3-Bankensystem dadurch gegen das öffentliche Interesse verstoßen würde, daß es auf die Dauer zu einem 2-Bankensystem führen könnte, von dessen Unvereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse man ausging. In diesem Zusammenhang lehnte die Kommission die Theorie ab, wonach Größe allein schon den Vorteil weiteren Wachstums verleihe.⁷¹⁾ Aber auch einen Wettbewerbsvorteil aus Kosteneinsparungen, der die anderen beiden Banken ihrerseits zu einer Fusion zwingt, wollte die Kommission nicht erkennen. Dagegen stellte sie eine Reihe negativer Auswirkungen auf das Marktverhalten der konzentrierten Banken fest, die alle aus ihrer exponierten Stellung zu erklären seien, und die sie in ihrem Wettbewerbsverhalten "unprovocative" mache.⁷²⁾

Die Monopolkommission kam somit zu dem Ergebnis,⁷³⁾ daß angesichts der großen Risiken für das öffentliche Interesse und der nur unbedeutenden Vorteile die Fusion der Barclays mit der Lloyds Bank verboten werden sollte, nicht aber eine solche der Martins Bank mit nur einer der beiden anderen Großbanken. Dabei ist die wesentliche Begründung zusammengefaßt in folgender Argumentation zu sehen: "... we consider that competition among banks is in the public interest and that such competition as there is among clearing banks is likely to be keener with four large clearing banks of roughly comparable size than with three banks with one as large as the other two combined."⁷⁴⁾

businesses are of great importance to the future efficiency and growth of the economy and to the preservation and promotion of competition in various industries and trades." Ebenda, Ziff. 260

- 71) "Furthermore, the theory that size of itself confers advantages leading inevitably to faster growth than of smaller competitors cannot be reconciled with the fact that Barclays overtook Midland as the largest bank in 1957". Ebenda, Ziff. 266
- 72) Ebenda, Ziff. 268; Genannt wurden: Schwierigkeiten mit der Neuorganisation des Managements, nachlassender Wettlauf um den ersten Platz auf der Rangliste der größten englischen Banken und die ständige Gefahr für die fusionierte Großbank das Ziel staatlicher Eingriffe oder gar einer Verstaatlichung zu werden.

4.) Zusammenfassende Übersicht der Bewertungskriterien:

Die Monopolkommission ging in ihren Berichten häufig dergestalt vor, daß sie die Vor- und Nachteile eines Zusammenschlusses gegeneinander abwog, um dann zum Ergebnis zu kommen. Damit wurde schon vom Aufbau her der Ambivalenz eines jeden zu beurteilenden Konzentrationsvorgangs Rechnung getragen.

Versucht man sich einen Überblick über die von der Kommission bisher verwandten Subkriterien zur Bestimmung des komplexen "public interest"-Begriffs zu verschaffen, so ergibt sich nach der Häufigkeit ihrer Anwendung folgende Liste von Vorteilen und Nachteilen für das öffentliche Interesse: 73)

a) Vorteile einer Fusion:

- wesentliche Kosteneinsparungen, die aber in Form von niedrigeren Preisen an die Abnehmer weitergegeben werden müssen,
- Erzielung eines größeren Exportvolumens und die Erschließung neuer Märkte zur Verbesserung der englischen Zahlungsbilanz,
- Wahrscheinlichkeit einer verstärkten Forschung und Entwicklung.

Daneben ist noch eine Reihe weiterer Vorteile aufzuzählen, die häufig mit den bereits erwähnten in Zusammenhang stehen:

wirksamere Ausnutzung von Hilfsquellen / Einsparung von Arbeitskräften / Verringerung des Importvolumens / Einführung neuer Arbeitsverfahren / Verfügbarkeit über größere Investitionsmittel.

73) Dieses Ergebnis kam mit 6 Für- und 4 Gegenstimmen zustande; vgl. den Report, aaO, Ziff. 280 - 293: Note of Dissent

74) Ebenda, Ziff. 272

b) Nachteile einer Fusion:

- wesentliche Verminderung des Wettbewerbs,
- Möglichkeit unangemessen hohe Preise zu verlangen,
- Entstehen eines "point of no return", sodaß der Marktzutritt für neue Wettbewerber faktisch unmöglich wird.

Des weiteren wurden folgende Nachteile (die zum Teil eine Umkehrung der bereits genannten Vorteile sind) berücksichtigt:

Vernachlässigung der nationalen Produktion zugunsten des Imports und zum Schaden der Zahlungsbilanz / übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht in der Form eines Konglomerats, Monopols oder einer Ansammlung von Ressourcen/ mangelnder Anreiz zur Forschung und Entwicklung sowie zur Produktverbesserung / ungünstige Konzentration von unternehmerischen Entscheidungszentren / Gefahr der Firmenstilllegung in Gegenden hoher Arbeitslosigkeit.

Die Liste der von der Kommission herausgearbeiteten Vor- und Nachteile zeigt, daß sie sich die in § 14 Monopolies and Restrictive Practices Act, 1948 aufgezählten wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen zur Richtschnur für die Fusionskontrolle gemacht hat. Die Darstellung der bisher vorgelegten Berichte macht deutlich, daß die auftretenden Zielkonflikte durch abwägenden Gebrauch der verschiedenen Subkriterien in jedem Fall gesondert gelöst wurden. 76) Die bei den bisherigen Zusammenschlüssen angewandten Kriterien zeigen aber noch ein

-
- 75) Vgl. V. Korah, Monopolies and restrictive practices, S. 84 f.; Bierling in WuW 1967, S. 727. Wie bereits erwähnt, besteht keine Rangordnung unter den einzelnen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, sodaß in dieser Aufzählung nach der Häufigkeit keine allgemeingültige Wertung gesehen werden darf; vgl. Baur, Der Mißbrauch, S. 23
- 76) Auf die Konsequenzen dieser Art der Fusionskontrolle macht Eckstein, AWD 1970, S. 7 f. aufmerksam: Er befürchtet, daß es -je nach wirtschaftspolitischer Situation- zu einer unterschiedlichen Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen kommen wird. Die Unternehmen würden in der Unsicherheit belassen, nie zu wissen, wie eine geplante Fusion beurteilt werden wird. Ferner führe dies dazu, daß

weiteres: die gleichrangige Einordnung des Wettbewerbs in den wirtschaftspolitischen Zielekatalog. Die Erhaltung des Wettbewerbs kann als Teilaspekt des öffentlichen Interesses das Werturteil beeinflussen; es ist jedoch sehr wohl möglich, daß eine zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung durch wachstums- oder strukturpolitische Vorteile kompensiert werden kann.⁷⁷⁾

Vor allem in den Anfangsjahren der Kartell- und Monopolpolitik, aber auch nach Erlaß des Monopolies and Mergers Act im Jahre 1965 fehlte es nicht an Kritik an der Unbestimmtheit des public interest-Begriffs. Fachleute und Unternehmer rügten die Unvorhersehbarkeit der zu treffenden Entscheidungen. Um dem berechtigten Verlangen der Öffentlichkeit nach Darlegung der entscheidenden Kriterien zu entsprechen, veröffentlichte der Board of Trade im Juli 1969 einen Leitfaden.⁷⁸⁾ Darin werden die Überlegungen vorgelegt, nach denen Zusammenschlüsse auf ihre Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse überprüft werden. Obwohl der Board of Trade nur von den Gesichtspunkten spricht die seiner Entscheidung zugrundeliegen, können diese Kriterien auch als für die Monopolkommission maßgeblich betrachtet werden. Dies ergibt sich nicht nur daraus, daß der Leitfaden von 1969 auf den Erkenntnissen der Kommission aufbaut, sondern auch daraus, daß dem DTI gemäß § 7 (10) des Gesetzes ein Weisungsrecht zusteht hinsichtlich der von der Kommission zu berücksichtigenden Gesichtspunkte.

eine Grenzziehung zwischen Unternehmenspolitik und Wirtschaftspolitik unmöglich werde. Zu diesen Befürchtungen kann folgendes gesagt werden: die unterschiedliche Beurteilung von Fusionen lag eben in der Absicht des englischen Gesetzgebers; die Monopol- und Fusionskontrolle sollte instrumentalen Charakter erhalten. Die Unsicherheits-Bedenken können insofern abgeschwächt werden, als auf die vertrauliche Vorprüfung durch das Ministerium hinzuweisen ist, von der offensichtlich reger Gebrauch gemacht wird (von 1965-68 wurden von 365 vorgeprüften Vorhaben nur 10, also 3 % an die Kommission verwiesen).

77) Zum Verhältnis public interest und Wettbewerb bei der Monopolkontrolle: Baur, aaO, S. 19 ff. (21) und bez. der Fusionskontrolle: Baur, aaO, S. 22 f.

78) Board of Trade: Mergers - a guide to Board of Trade practice, London 1969 HMSO. Hier findet sich eine Aufschlüsselung der einzelnen Gesichtspunkte und Subkriterien nach Fusionsarten: horizontale Zusammenschlüsse (Rdnr. 34 - 44); vertikale Zusammenschl. (Rdnr. 46 - 49) und konglomerate Zusammenschlüsse (Rdnr. 50 - 58).

D. Die Eingriffsmaßnahmen des DTI

Wenn, und nur wenn, die Kommission zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Zusammenschluß dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, und dieser Bericht dem Parlament vorgelegt worden ist, kann das Ministerium die durch das Gesetz erweiterten Eingriffsbefugnisse wahrnehmen.⁷⁹⁾ Jedoch ist das DTI nicht in der Weise an den Kommissionsbericht gebunden, daß es die empfohlenen Abhilfemaßnahmen ergreifen müßte. Vielmehr zeigt sich auch in diesem Stadium der Kontrollausübung wieder einmal der politische Charakter der englischen Lösung. Denn statt eine Verfügung zu erlassen, wie das Gesetz es vorsieht, versucht das Ministerium in Verhandlungen mit den Unternehmen, entweder diese von ihrem Fusionsvorhaben ganz abzubringen, oder zumindest eine Lösung zu finden, die Eingriffsmaßnahmen überflüssig macht. Insofern hat der Katalog von Eingriffsmaßnahmen bisher nicht so sehr praktische Wirkungen gehabt, sondern war eher ultima ratio für den Fall, daß sich die Beteiligten jedem Vorschlag widersetzen würden. Indem das Ministerium mit dem Einsatz von Aufsichtsmaßnahmen droht, verhandelt es mit den Unternehmen, um so eine Sicherung der öffentlichen Interessen zu gewährleisten. Freilich gab es auch Fälle, in denen der Zusammenschluß, ohne irgendwelche Abstriche machen zu können, verboten werden mußte; gemäß § 3 (5) des Gesetzes wurden 6 der bisher überprüften Fusionsvorhaben untersagt.⁸⁰⁾

Sollte der Zusammenschluß von den Unternehmen bereits vollzogen sein, so sieht das Gesetz in § 3 (6) die Möglichkeit vor, daß der so entstandene Konzern zwangsweise wieder entflochten werden kann. Dazu kann das Ministerium den Verkauf von Betrieben oder Vermögensteilen anordnen. Den Vollzug dieser Anordnungen kann das DTI überwachen; es kann aber auch selbst die zur Entflechtung nötigen Maßnahmen ergreifen.

79) Dies ergibt sich aus § 6 (1o) i.V.m. § 3 Monopolies and Mergers Act.

80) Es waren dies die Fusionsvorhaben zwischen: Ross Group und Associated Fisheries/United Drapery Stores und Montague Burton/Barclays Bank und Lloyds Bank/Rank Organisation und De La Rue/British Sidac und Transparent Paper/Beecham Group und Glaxo Group bzw. Boots und Glaxo Group.

Die dieserhalb erforderlichen Befugnisse zählt das Gesetz in § 6 (a) - (e) einzeln auf: die Abtretung oder Übertragung von Eigentum, Rechten, Verpflichtungen oder Verbindlichkeiten; die Abwicklung von Verträgen; die Schaffung, Zuteilung, Übertragung oder der Widerruf von Anteilen, Aktien oder Wertpapieren; die Errichtung oder Liquidation einer Gesellschaft, oder die Abänderung eines Gesellschaftsvertrages; die Fortsetzung von Prozessen.

Alle diese Maßnahmen unterliegen der parlamentarischen Kontrolle. Das Gesetz ⁸¹⁾ bestimmt hierzu, daß Verfügungen, die Entflechtungsanordnungen zum Gegenstand haben, beiden Häusern des Parlamentes vorgelegt werden müssen, nachdem das Ministerium den beabsichtigten Inhalt in zwei Tageszeitungen veröffentlicht und darauf eingehende Stellungnahmen berücksichtigt hat. ⁸²⁾ Die Entflechtungsmaßnahmen dürfen erst getroffen werden, wenn beide Häuser des Parlamentes dieses "statutory instrument" durch Beschluß gebilligt haben. ⁸³⁾

81) § 3 (11) (a) Monopolies and Mergers Act, 1965

82) Schedule 2 zum Monopolies and Mergers Act zu § 3 (6)

83) Alle anderen Verfügungen, die keine Entflechtungsmaßnahmen beinhalten, unterliegen gemäß § 3 (11) (b) dem Widerspruchsrecht des Parlamentes; d.h. die betreffende Verordnung ist dem Parlament nachträglich vorzulegen. Wird sie nicht innerhalb von 28 Tagen nach ihrem Erlass durch Beschluß beider Häuser gebilligt, so wird sie unwirksam. Vgl. auch oben S. 13, Fn. 3 a

2. Teil: Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle
=====
nach deutschem Recht
=====

A. Regelung vor Erlass der Kartellrechts-Novelle

In § 1 GWB ¹⁾ ist von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Beschlüssen die Rede. Diese Vorschrift ist auf Kartellabsprachen und wettbewerbsbeschränkende Kooperationsformen gerichtet, sofern sie rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Auf Unternehmenszusammenschlüsse findet § 1 GWB nach ganz überwiegender Auffassung keine Anwendung. ²⁾ Dies wird damit erklärt, daß diese Vorschrift nur auf solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen anzuwenden sei, bei denen die Partner als selbständige Unternehmenseinheiten fortbestehen. Auf Unternehmenszusammenschlüsse, für die im Gegensatz dazu gerade der Fortfall zumindest der wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmenseinheiten charakteristisch ist, findet demgegenüber ausschließlich § 23 GWB Anwendung.

Gemäß § 23 GWB besteht eine Anzeigepflicht für den Zusammenschluß von Unternehmen, wenn diese einen gewissen Marktanteil oder eine gewisse Größe erreicht haben. Und in § 24 GWB ist eine nachträgliche Anhörung über den Zusammenschluß vorgesehen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung erreicht oder verstärkt wird.

Daneben wurde in letzter Zeit eine begrenzte Anwendbarkeit von § 22 GWB auf solche Zusammenschlüsse vorgeschlagen, die

1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (= GWB) vom 27.7.1957 i.d.F. vom 3.1.1966 (BGBl. I S. 37)

2) Vgl. Mestmäcker, AcP 168. Bd., S. 257, sowie das dort in Fn. 76 genannte Schrifttum; sowie J.F. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 169 mit ausführlichen Nachweisen aus dem Schrifttum (Fn. 56), der Spruchpraxis des Bundeskartellamtes (Fn. 57) und des Bundesgerichtshofes (Fn. 58).

von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen und sich als Mißbrauch dieser Marktmacht darstellen. Drei mögliche Anwendungsfälle wurden hierzu genannt: ³⁾ (1) Der Zusammenschluß folgt aus dem Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (der Marktbeherrscher zwingt den schwächeren Mitbewerber durch Verdrängungswettbewerb zur Fusion). (2) Der Zusammenschluß führt in einer konkreten Marktsituation zu einer Verschlechterung der Versorgungslage der Marktgegenseite infolge Monopolisierung. (3) Der Zusammenschluß erfolgt in der Absicht, die damit zu erlangende oder zu verstärkende marktbeherrschende Stellung zu mißbrauchen.

Die §§ 1 ff. GWB lassen sich somit von den §§ 22 ff. GWB a.F. folgendermaßen abgrenzen: Kartelle und andere wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmen unterliegen den §§ 1 - 21 GWB. Dagegen fallen Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzernierung und Fusionierung nicht unter die §§ 1 ff. sondern unter die §§ 22 ff. GWB a.F.

Wenn man von den wenigen Zusammenschlüssen absieht, die unter § 22 GWB a.F. fallen konnten, weil marktbeherrschende Unternehmen beteiligt sind, die ihre Marktmacht mißbrauchen, so muß man feststellen, daß das alte GWB dem Konzentrationsproblem nicht in ausreichendem Maße Rechnung trug. ⁴⁾ Dürhammer ⁵⁾

-
- 3) Bundeskartellamt in seinem 9. Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucksache V/1950 vom 12.7.1967, Vorwort S. 12; sowie W. Fikentscher, Die Interessengemeinschaft, S. 33 ff. Vgl. auch die Entscheidung des EuGH (Urteil vom 21.2.1973 - Rechtssache 6/72) im Fall Continental Can Comp. und Europemballage ./.. Kommission der EG. In diesem Urteil wird die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 86 EWGV (als Pendant zu § 22 GWB) für Unternehmenszusammenschlüsse bestätigt. Vgl. zuletzt NJW 1973, S. 966 ff.
- 4) Der Bundestag begründete dies seinerzeit damit, daß eine Erlaubnispflicht für Unternehmenszusammenschlüsse möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße behindern könnte. Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf des GWB zu BT-Drucksache II/3644, zu § 18 (§ 23 GWB); vgl. auch Rittner, WuW 1969, S. 71 f.
- 5) W. Dürhammer, Konzentration und Wettbewerb in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 245

stellt mit Recht fest, daß sich das GWB a.F. dem Zwang entzogen habe, die schwierige Entscheidung zu treffen, wann bei einem Konzentrationsvorgang die Vorteile oder die Nachteile überwiegen, um gegen ihn vorgehen zu können. Erheblich schärfer geht Reuter ⁶⁾ mit der Regelung der §§ 22 - 24 GWB a.F. ins Gericht: er verlangt, daß diese praktisch völlig irrelevante Mißbrauchsgesetzgebung, die nur auf krasse und vereinzelte Fälle des Machtmißbrauchs abgestellt sein könne, durch strikte Verbots-gesetzgebung ersetzt werden müsse. Nur so könne die Wiederherstellung und Wahrung des Wettbewerbs gesichert werden.

Auszugehen ist von der Ambivalenz der Konzentration durch Unternehmenszusammenschlüsse. In den ersten beiden Jahrzehnten nach Kriegsende war die Frage der Begrenzung der Unternehmenskonzentration noch kein vordringliches wirtschaftliches Problem. So wollte man bei Erlaß des GWB durch Duldung von Unternehmenszusammenschlüssen, vorwiegend um die internationale Wettbewerbsfähigkeit zu fördern, die positiven Seiten der Konzentration nutzen. ⁷⁾ Mittlerweile wurde aber mit zunehmender Konzentrations-tendenz ⁸⁾ ein Konzentrationsgrad erreicht, der die negativen Seiten dieser Entwicklung in den Vordergrund rücken ließ. Um wirtschaftlichen Fehlentwicklungen und der Gefahr des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtpositionen begegnen zu können, hat deshalb der Staat mit Inkrafttreten der Kartellrechts-Novelle Kontroll- und Eingriffs-kompetenz erhalten, um nötigenfalls ein Zusammen-schlußverbot aussprechen zu können.

Die Komplexität der dabei in Frage stehenden wirtschafts-, rechts- und gesellschaftspolitischen Zusammenhänge ist im Laufe der jahre-langen Diskussion um die Kartellrechts-Novelle deutlich geworden. Auf eine Behandlung dieser Fragen soll hier verzichtet werden. Im folgenden soll an Hand der verabschiedeten Kartellrechts-Novelle aufgezeigt werden, wie die gesetzestechnische Lösung der Konzentrationsproblematik - soweit die Unternehmenszusammenschlüsse betroffen sind - aussieht. Dabei wird auch auf die vorausgegangenen Referenten - und den Regierungsentwurf eingegangen, um die Entwicklung der Novellierungsarbeiten mit den teilweise sehr unterschiedlichen Lösungsvorschlägen darzustellen.

6) A. Reuter, Konzentration und Wettbewerb in: Zehn Jahre Bundes-kartellamt, 1968, S. 245

7) Vgl. BT-Drucksache II/3644, Abschn. IV, zu § 16 des Entwurfs zum GWB

8) Vgl. oben S. 4 ff.

B. Überblick über den prinzipiellen Aufbau der gesetzlichen
Regelung ¹⁵⁾

I. Der Zusammenschluß-Tatbestand:

Mit der jeweiligen Vorlage eines weiteren Gesetzentwurfes (RefE I, ¹⁶⁾ RefE II, ¹⁷⁾ RegE ¹⁸⁾) ging die Zunahme an Kompliziertheit der einzelnen Vorschriften einher, die es mittlerweile schwierig erscheinen läßt, eine grundlegende Systematik im Aufbau der gesetzlichen Regelung herauszuschälen. Einen tauglichen Ausgangspunkt um Klarheit in das Ineinandergreifen der verschiedenen Eingriffs- und Aufgreifkriterien, Ministererlaubnis, Verfahrensfragen etc. zu bringen, bildet die Zweiteilung der Norm, im Anschluß an Rittner. ¹⁹⁾

Danach ist die Norm aufzuspalten in einen ersten Teil, der den Zusammenschluß-Tatbestand regelt, und einen zweiten Teil, der die Folgewirkung des Zusammenschlusses behandelt, indem er Eingriffskriterien aufstellt. Dabei birgt der erste Teil verhältnismäßig wenig Probleme. Den Zusammenschlußbegriff aufzustellen ist reine Definitionsfrage. Der Begriff sollte nur pragmatisch sein und zum Zwecke der rechtspolitischen Bestandsaufnahme möglichst weit gefaßt werden. Hier gilt es insbesondere die neueren Formen der Unternehmenskonzentration wie z.B. die kong¹omeraten Zusammenschlüsse und die Gemeinschaftsunternehmen zu erfassen.

II. Materielle Eingriffskriterien:

Sehr viel schwieriger ist jener zweite Teil der Norm, in dem es darum geht, die Folgewirkung des Zusammenschlusses in der

-
- 15) Die Kartellrechts-Novelle (= KNov) von der hier ausgegangen wird, wurde am 3.8.73 im BGBI. verkündet, wobei die Regelungen über die Fusionskontrolle rückwirkend zum 7.6.73 gelten. Diese KNov entspricht - von geringfügigen Änderungen abgesehen, - dem Entwurf vom 19.5.71 BT-Drucksache VI/2520 (= RegE).
- 16) Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vom 20.3.70, Az. I B 5 - 22 13 53
- 17) Überarbeiteter Referentenentwurf vom 28.10.70, Az. I B 5 - 22 13 53
- 18) Regierungsentwurf vom 19.5.71, BT-Drucksache VI/2520
- 19) Rittner, Der Betrieb 1970, S. 669 ff. (717)

ökonomischen Wirklichkeit, sei diese bereits eingetreten oder nur vermutet, zu umschreiben. Dabei hat die Behörde die Aufgabe, anknüpfend an den zivilrechtlichen Vorgang des Zusammenschlusses festzustellen, ob - aus gesamtwirtschaftlicher Sicht - dessen Folgen nützlich oder schädlich sind.

Wie die Darstellung des englischen Rechts gezeigt hat, kann diese Aufgabe dadurch gelöst werden, daß jeder einzelne Fusionsfall speziell, empirisch und pragmatisch behandelt wird. Unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen Gesichtspunkte wird die Verträglichkeit mit dem "öffentlichen Interesse" geprüft. Dabei sind vom Gesetzgeber keine Bewertungsmaßstäbe vorgegeben mit deren Hilfe auftretende Zielkonflikte zu lösen sind.

Demgegenüber entschied sich der deutsche Gesetzgeber für einen indirekten, der herkömmlichen Normstruktur des GWB entsprechenden Weg. Ausgehend vom Wettbewerb als Steuerungsfaktor im marktwirtschaftlichen System soll sich die Fusionskontrolle nicht an globalen Kriterien wie dem Gemeinwohl orientieren. Vielmehr wird ein Unternehmenszusammenschluß dann nicht zugelassen, wenn er zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Anders als im englischen Recht, wo der Wettbewerb mit anderen Gesichtspunkten zusammen als gleichrangiger Teilaspekt des öffentlichen Interesses fungiert, bildet er in der Kartellnovelle den für die Eingriffskriterien eigentlichen Anknüpfungstatbestand. Diese Entscheidung ist nicht nur die logische Konsequenz, die sich aus der Einordnung der Fusionskontrolle in das bestehende GWB ergab, sondern sie entspricht letztlich der Überzeugung, daß durch die Erhaltung und Sicherung der Wettbewerbswirtschaft individuelle Freiheit mit hoher ökonomischer Effizienz verbunden werden.

Mit der Festlegung auf die Erhaltung des Wettbewerbs ist allerdings nur die Bezugsgröße für die Eingriffskriterien hergestellt; noch nichts ist damit über deren Konkretisierung ausgesagt. Hier sah sich der Gesetzgeber der gesetzestechnischen Problematik gegenüber, der komplexen Natur ²⁰⁾ der Unternehmenskonzentration gerecht zu werden: Eingriffskriterien zu normieren, die zu effizientem und sachgerechtem Handeln ermächtigen und zugleich rechtsstaatliche Bedenken nicht außer acht lassen.

20) Vgl. Scholz, Konzentration, Kontrolle und Grundgesetz, S. 5 f. mit Fn. 29 und S. 77

Dies gelang im wesentlichen durch dreierlei Maßnahmen: als erstes wurden zu Lasten der Betroffenen durch Verwendung von quantitativen Kriterien absolute Tatbestände geschaffen. Zweitens kommen zu ihren Gunsten unbestimmte Generalklauseln (wie z.B. "Gemeinwohl" oder "Gesamtwirtschaft") zur Anwendung. Dadurch sollen rechtsstaatliche Bedenken, die sich insbesondere aus Art. 80 und 103 GG ergeben könnten, beseitigt werden. Und als Drittes sollen verfahrensrechtliche Garantien dem Mangel an Konkretisierbarkeit einer materiellrechtlichen Norm begegnen.

An dieser Stelle muß allerdings noch etwas zum Gesamtcharakter der Kartellnovelle - soweit die Fusionskontrolle betroffen ist - festgestellt werden. Die Verfasser des der KNov zugrunde liegenden Regierungsentwurfes waren sich darüber im klaren, daß angesichts der Ambivalenz der Konzentrationserscheinungen ein so starker Eingriff in die Wirtschaft wie die Fusionskontrolle es darstellt auch großen volkswirtschaftlichen Schaden anrichten kann. In diesem Zusammenhang räumt auch Kartte ²¹⁾ ein, daß eine moderne Volkswirtschaft zu Fortschritt und Wachstum verurteilt sei und daß die Unternehmenskonzentration als Vollstreckerin nötig sei; und mahnt schließlich, daß das Risiko falscher Kontrollentscheidungen zunächst einmal die Unternehmer zu tragen hätten.

Deswegen sollte gemäß einer Empfehlung Karttes von der KNov eine allzu perfekte Lösung nicht gefordert werden. Vielmehr sollte diese erste Regelung mehr dazu dienen, "die Präsenz des Staates" deutlich zu machen, als "der Kartellbehörde eine Handhabe zu geben, mit Feuer und Schwert unter die Konzentrationswilligen Unternehmen zu fahren." Dieser Gedanke wird auch von Rittner ²²⁾ aufgegriffen, indem er fordert, nicht auf einem endgültig ausgereiften Gesetz zu bestehen, sondern sich vielmehr bewußt mit einem Regelungsexperiment zufrieden zu geben. Dieser "Experimentiercharakter" kommt insbesondere in den quantitativen Größenmerkmalen der Toleranzklauseln des § 24, VIII zum Ausdruck, die bereits auf eine Änderung oder Abschaffung angelegt sind.

21) Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, 1969, S. 74

22) Rittner, Der Betrieb 1970, S. 669 ff. (673).

Die Konzentrationskontrolle erfolgt nach der KNov (und so im Prinzip auch schon der RefE I) mit Hilfe zweier Typen von Kriterien: den sog. "Aufgreif"- und den "Eingreifkriterien." Gemäß § 23, I Nr. 1 KNov unterliegt ein Zusammenschluß einer Anzeigepflicht wenn dadurch im gesamten Bundesgebiet oder in einem wesentlichen Teil desselben ein Marktanteil von mindestens 20 % erreicht wird oder schon gegeben ist. Ein Zusammenschluß wird gemäß § 23, I Nr. 2 auch dann aufgegriffen, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt mindestens 10.000 Beschäftigte oder 500 Millionen DM Jahresumsatz haben. Bei diesem Kriterium knüpfte der RefE I noch an der Unternehmensgröße nur eines beteiligten Unternehmens an und ließ die Zahl von 5 000 Beschäftigten für eine Anzeigepflicht genügen.

Zu diesen Aufgreifkriterien des § 23, I KNov, die lediglich eine Anzeigepflicht begründen, kamen im RefE II die sog. "Toleranzklauseln" neu hinzu, die auch in die KNov mit aufgenommen wurden. Gem. § 24, VIII werden die nach § 23, I angezeigten Zusammenschlüsse zum Zwecke eingreifender Kontrolle nicht aufgegriffen, wenn die beteiligten Unternehmen weniger als 1 Milliarde DM Jahresumsatz haben, wenn ein Unternehmen, das sich einem anderen anschließt, nicht mehr als 50 Millionen DM Jahresumsatz hat, wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung nicht im gesamten oder einem wesentlichen Teil des Bundesgebietes auswirkt und wenn ein Bagatellmarkt (weniger als 5 Millionen DM Gesamtjahresumsatz) betroffen ist. Nur Unternehmenszusammenschlüsse die diese Schwellenwerte überschreiten, fallen unter die eigentliche Fusionskontrolle.

Hiervon zu trennen sind die "Eingreifkriterien" die in § 24 I und III i.V.m. § 22 I - III KNov statuiert sind und bei deren Vorliegen allein ein Eingriff (die Untersagung des Konzentrationsvorhabens oder andere Abhilfemaßnahmen) durch das Bundeskartellamt oder den Bundeswirtschaftsminister erlaubt ist. Danach muß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entstehen oder verstärkt werden, deren Nachteile nicht durch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen überwogen

werden. Diese Eingreifkriterien standen naturgemäß im Mittelpunkt der Diskussion um die Einführung einer Konzentrationskontrolle. Anders als die jetzt geltende gesetzliche Regelung enthielt der RefE I auch dann eine Eingriffsmöglichkeit, wenn ein beteiligtes Unternehmen mindestens 10.000 Beschäftigte oder einen Jahresumsatz von 1 Milliarde DM hat und ein Marktanteil von mindestens 40 % erreicht wird oder schon gegeben ist.

Aber auch bei Vorliegen dieser Eingreifkriterien sieht die KNov eine Ausnahmeerlaubnis durch den Bundeswirtschaftsminister vor. Dieser kann gemäß § 24, III die Erlaubnis zum Zusammenschluß erteilen wenn die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder überragende Interessen der Allgemeinheit den Zusammenschluß rechtfertigen. Auch diese Ausnahmeerlaubnis war im RefE I und im RefE II verschieden ausgestaltet, worauf im einzelnen noch eingegangen wird.

Die Entwicklung der Eingreifkriterien und der Ausnahmeerlaubnis auf dem Wege über die Referentenentwürfe bis hin zur Kartellrechtsnovelle muß im Zusammenhang mit der gleichzeitig erfolgten Umverteilung der Kontrollkompetenzen gesehen werden. Das Schwergewicht verlagerte sich mehr und mehr vom Bundeswirtschaftsminister weg und dafür zum Bundeskartellamt hin. Deshalb wird auch im Rahmen der Verfahrensfragen auf diese beiden Tatbestandsgruppen einzugehen sein.

III. Verfahrensfragen:

Die Verfahrensfragen stehen zur oben dargelegten Normstruktur in einem Komplementärverhältnis. Nach Luhmann bedeutet "Legitimation durch Verfahren" ²³⁾ ein bewährtes System. Diese Wechselwirkung wirkt sich dadurch aus, daß die Verfahrensregeln umso stärker ausgebaut werden müssen, je größer die

23) So der Titel des Buches von Niklas Luhmann; vgl. auch Rittner, a.a.O., S. 719 und Raisch, a.a.O., S. 32.

rechtsstaatlichen Bedenken sind, die gegenüber der materiell-rechtlichen Normstruktur vorgebracht werden können. Entweder gewährt man der Gesetzesanwendenden Behörde einen großen Handlungs- und Ermessensspielraum und unterwirft sie darauf verfahrenstechnisch verschärften Kontrollen; oder der Gesetzgeber läßt sie auf Grund einer scharf umrissenen Regelung nur beschränkt tätig werden, was den Ausbau intensiver Kontrollvorschriften erübrigt. Diese Alternative ergibt sich letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20, III GG. ²⁴⁾

Trotz dieser Kompensation auf der Verfahrensseite im Sinne der Rechtsstaatlichkeit ist ein Minimum an Tatbestandspräzision zu fordern. Ohne dieses Minimum kann eine Rechtsnorm weder angewandt noch ihre Anwendung überprüft werden. Diesem Erfordernis versuchten einige Autoren dadurch auszuweichen, daß man keine Rechtsnorm im üblichen Sinn schaffen solle, sondern eine "Ermächtigungsnorm", die an dafür geeignete Organe gerichtet ist, ²⁵⁾ eine Art "Richtlinienbestimmung von entsprechender "Höhenlage", ²⁶⁾ eine Ermächtigung zu einem "Regierungsakt wirtschaftspolitischer Art in der Form eines Verwaltungsaktes." ²⁷⁾

24) Nach Art. 20, III GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Hieraus wird u.a. das Prinzip der Rechtssicherheit abgeleitet, was das Erfordernis der Vorhersehbarkeit und Meßbarkeit hoheitlichen Handelns beinhaltet. Vgl. BVerfGE 7, 89, 92; 13, 261, 271; 15, 313, 319.

25) Rittner a.a.O., S. 718 m.w.N. hält es nicht für möglich, das Konzentrationsproblem in eine herkömmliche Gesetzesform zu zwingen, ohne mit der Verfassung (Art. 90 GG), sowie mit den aus ihr folgenden rechtsstaatlichen Prinzipien in Konflikt zu kommen. Er verlangt eine konsequente Abkehr von dem regulären Normtyp des GWB, weil es sonst zu einer Überforderung des Bundeskartellamtes wie auch der Rechtsmittelbehörde käme. Des weiteren würden Rechtsunsicherheit und Willkür Tür und Tor geöffnet. Denn es stehe nicht ein vom Gesetz im voraus mehr oder weniger genau fixierbares Handeln in Rede, sondern ein primär an seiner Motivation, an seinem Erfolg und an der tätigen Verantwortung zu messendes, eben Überwiegend politisches Handeln.

26) Vgl. v. Hippel, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, 1964, S. 149 f.

27) Köhler, DVB1. 1958, S. 639

Diese politische Lösung der Fusionskontrolle, die der englische Gesetzgeber in Monopolies and Mergers Act gewählt hatte, diente zunächst wohl auch den Verfassern des RefE I als Vorbild. Hiernach sollte der Bundeswirtschaftsminister das eigentliche Kontrollorgan sein, der auch eine entsprechend weit gefaßte Ermächtigung erhalten sollte. Die bei diesem System unentbehrliche "Legitimation durch Verfahren" erfolgt im englischen Recht dergestalt, daß der Ministerentscheidung eine unabhängige Monopolkommission vorgeschaltet wird. Durch ihr Gutachten soll sozusagen eine materielle Entscheidungsgrundlage geschaffen werden. Aber auch die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Anhörungsrechte der Betroffenen und die Voraussetzung der Genehmigung der Eingriffsmaßnahmen durch das Parlament sind in diesem Zusammenhang als der Legitimation dienende Verfahrenssicherungen zu erwähnen.

Im RefE II und im RegE wurde von dieser politischen Lösung sukzessive abgerückt. Die Normstruktur der verabschiedeten KNov letztlich orientiert sich ganz an den übrigen Rechtsnormen des GWB. Dabei hätte ein Vorbild für eine politische Lösung der Fusionskontrolle in der Ausnahmenvorschrift des § 8 GWB, dem sog. Ministerkartell, gesehen werden können. Mit dem Bemühen des Gesetzgebers um eine Konkretisierung der materiell rechtlichen Norm verlor die Methode der "Legitimation durch Verfahren" naturgemäß an Bedeutung. Gleichwohl beinhaltet die KNov Verfahrenssicherungen, die wegen der Grenzen der Konkretisierbarkeit der Eingriffskriterien^{un}erläßlich sind. Zu nennen sind hier bei festgestellter Marktbeherrschung die Möglichkeit des Nachweises einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen durch die Betroffenen, die Ministererlaubnis bei gesamtwirtschaftlichen Vorteilen und aus überragendem Interesse der Allgemeinheit, ferner die gesetzliche Überprüfbarkeit der Entscheidungen des BKA und der des BMW.

Es sind zwei Fragen, mit deren Beantwortung verfahrenstechnisch auf die Gesamtregelung der Fusionskontrolle eingewirkt werden kann:

- 1) "Wer greift ein?"
- 2) "Wann wird eingegriffen?"

Zur ersten Frage, wer eingreift, wurden im RefE I, II und im RegE verschiedene Lösungen vorgeschlagen. Dabei waren immer die gleichen drei Institutionen beteiligt, nämlich der Bundesminister für Wirtschaft, das Bundeskartellamt und eine Monopolkommission. Jedoch sollten sie je nach Vorschlag in unterschiedlicher Reihenfolge und mit verschiedenen Kompetenzen tätig werden.

Auf diese erste Frage der Kompetenzverteilung soll wegen des bereits angedeuteten inneren Zusammenhangs von Eingreifkriterien und Verfahren genauer eingegangen werden. Dagegen soll der zweite, mehr verfahrenstechnische Gesichtspunkt nicht näher erörtert werden. Bei dieser 2. Frage geht es um die Einordnung der Konzentrationskontrolle unter das Verbots- oder das Mißbrauchsprinzip, um die Alternative einer präventiven oder repressiven Kontrolle sowie um die Entscheidung über eine Entflechtung oder andere Abhilfemaßnahmen.

C. Wann liegt ein Zusammenschluß vor?

- I. An dieser Stelle zeigt sich, daß der Begriff der Fusionskontrolle, der sich mittlerweile eingebürgert hat, eine unzureichende Beschreibung des Gesetzeszwecks ist, wenn Fusion als Verschmelzung im gesellschaftsrechtlichen Sinn verstanden wird. ²⁸⁾ Demgegenüber geht es bei der Definition des umfassenderen Zusammenschlussbegriffs (wie eingangs bereits erwähnt) darum, eine möglichst breite Ausgangsbasis für die sich daran anschließende Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen zu

28) Rittner weist auf den Gebrauch dieses unkorrekten Begriffs hin und äußert dabei die Vermutung, daß dies evtl. bewußt geschehe, um das Bild zu verschieben. Rittner, DB 1970, S. 669. Da die gesamte Problematik in der Wirtschaftspresse nun einmal unter dem Schlagwort "Fusionskontrolle" eingeführt worden ist, wird man aber um diesen Begriff kaum herum kommen.

schaffen. 29) Der Zusammenschlußbegriff soll seiner Funktion entsprechend keinen gesellschaftsrechtlichen Tatbestand umreißen. Vielmehr stellt er in rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise 30) eine Aufzählung von Unternehmensverbindungen dar, die ein Abhängigkeitsverhältnis vermuten lassen.

II. § 23 Absatz 2 der alten Fassung des GWB besagt, was als Zusammenschluß zu gelten hat, wenn es darum geht, eine Anzeigepflicht für die betroffenen Unternehmen zu begründen. Diese Vorschrift erhielt in der KNov eine neue Systematik und wurde mit einigen Ergänzungen versehen. Der sonst zur eigentlichen Zusammenschlußkontrolle nicht zugehörige § 23 KNov legt somit zugleich den für diesen neu hinzugekommenen Gesetzeszweck erforderlichen Zusammenschlußbegriff fest. 31) Zu diesem Zweck wurde ein praktisch lückenloser Katalog von Zusammenschlußformen aufgestellt, der vier verschiedene Grundtypen und einen Auffangtatbestand enthält:

- 1) § 23 Absatz 2, Nr. 1 GWB n.F. betrifft den Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens. Dieser Vermögenserwerb kann durch Verschmelzung, Umwandlung oder in sonstiger Weise erfolgen.
- 2) § 23 Absatz 2, Nr. 2 regelt den Zusammenschluß durch Anteilserwerb. Dabei wird nicht nur der einmalige Erwerb einer Beteiligung von 25 % des stimmberechtigten Kapitals erfaßt, sondern auch jede weitere relevante Beteiligungsstufe (vgl. Absatz 3, Satz 2). Dies gilt auch wenn das Erreichen der vorangegangenen Beteiligungsstufe früher bereits angezeigt wurde. Der RegE und die verabschiedete KNov hat gegenüber dem RefE II insofern eine Verbesserung gebracht, als nicht mehr auf die wettbewerbsrechtlich weniger interessante Beteiligungsstufe von 75 % abgestellt wird. Stattdessen

29) Vgl. Rittner, Der Betrieb 1970, S. 671

30) Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ist auch der erklärte Zweck der sog. "Verbundklausel" des § 23, I S. 2 GWB n.F., die vorschreibt, unter welchen Umständen ein Unternehmen als (für dieses Gesetz maßgebliche) wirtschaftliche Einheit anzusehen ist.

31) Dies wird von Rittner kritisiert, der den neuen Zusammenschlußbegriff für die Anzeigepflicht gutheiße, für die eingreifende Konzentrationskontrolle jedoch einen Zusammenschlußtatbestand fordere, der auf die wirklich gravierenden Fälle zu beschränken sei. Rittner, Der Betrieb 1973, S. 319

wurde zu den 25 % noch die Stufe 50 % eingeführt, die - wie in der Begründung zum RegE festgestellt wurde - immer häufiger zu Verflechtungen von Unternehmen verwendet werde. 32) Der Anteilserwerb von 25 % an einem anderen Unternehmen gilt als Zusammenschluß unabhängig davon, ob im Einzelfall eine derartige Minderheitsbeteiligung auch zu einer Kontrolle über das andere Unternehmen führt. Insoweit geht dieser Tatbestand über den durch die Generalklausel des § 23, II Nr. 5 gezogenen Rahmen hinaus.

Beim Erwerb von Anteilen (i.S.d. § 23, II Nr. 2 a - c) sind dem erwerbenden Unternehmen als ihm gehörend auch jene Anteile zuzurechnen, die es als herrschendes Unternehmen (§ 17 AktG) oder als Konzern (§ 18 AktG) besitzt. Des weiteren umschließt Nr. 2 auch die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen.

Die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen z.B. zum Zwecke der Ausgliederung von Entwicklung und Produktion bestimmter Waren nimmt ^{einen} immer größeren Raum ein im Bereich der Erscheinungsformen der Unternehmenskonzentration. 33) Eine weitere Form der Ausgliederung von Unternehmensfunktionen ist die Übertragung des Einkaufs oder des Verkaufs auf eine bereits bestehende Tochtergesellschaft unter Vereinbarung von Andienungspflichten. Wettbewerbsrechtlich sind diese Gemeinschaftsunternehmen deshalb relevant, weil zum einen zwischen der gemeinsamen Tochtergesellschaft und jeder einzelnen Muttergesellschaft Abhängigkeitsverhältnisse entstehen. Zum anderen haben die Erfahrungen mit Gemeinschaftsunternehmen gezeigt, daß regelmäßig auch ein Wettbewerb zwischen den Muttergesellschaften auf den Gebieten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, nicht stattfindet (sog. "Gruppeneffekt") 34).

32) Vgl. auch den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1971, wonach über die Hälfte der von 1969 - 1971 angemeldeten Anteilserwerbe Minderheitsbeteiligungen waren. Bei Berücksichtigung der Vielfältigkeit ihrer Ausgestaltungsmöglichkeiten und der Vielschichtigkeit der übrigen Besitzverhältnisse zeigten die Erfahrungen nach Ansicht des Bundeskartellamtes, daß auch Minderheitsbeteiligungen erhebliche Auswirkungen auf das wettbewerbsrelevante Verhalten haben können. Vgl. BT-Drucksache VI/3570, S. 7.

33) Dies zeigt auch die Zunahme der Neugründungen als Zusammenschlußform in den letzten Jahren: 1968 = 5, 1969 = 18, 1970 = 49, 1971 = 32, 1972 = 64; vgl. BT-Drucksache VI/3570, S. 7

34) Vgl. RegE, BT-Drucksache VI/2520; S. 27

Diesem Effekt will der (während den parlamentarischen Beratungen stark umstrittene) § 23, II Nr. 2 S. 3 GWB n.F. Rechnung tragen. Das Gesetz unterstellt einen teilweisen Zusammenschluß der Muttergesellschaften (Fiktion einer Teilfusion), wenn diese gemeinsame Anteile (von jeweils mindestens 25 %) an einem Gemeinschaftsunternehmen erwerben. Dabei gilt der Zusammenschluß deswegen als teilweise, weil er beschränkt ist auf die Märkte des Gemeinschaftsunternehmens. Bei dieser Regelung handelt es sich nicht um einen selbständigen Zusammenschlußtatbestand (neben dem Anteilserwerb des § 23, II Nr. 2), sondern - ähnlich der Verbundklausel des § 23, I S. 2 - um die Ermöglichung einer wettbewerbspolitischen Gesamtbetrachtung des Gemeinschaftsunternehmens durch die Kartellbehörde. Das bedeutet, daß auf dem Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens die Muttergesellschaften sowie das Gemeinschaftsunternehmen als Einheit anzusehen sind, mit der Folge, daß alle für die Wettbewerbsstellung relevanten Kriterien wie Gesamtumsatz, ³⁵⁾ Marktanteile, Finanzkraft, Verflechtungen, Marktzutrittsschranken etc. durch eine Gesamtbetrachtung zu ermitteln sind.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen darf aber auch nicht übersehen werden, daß diese Zusammenschlußform ein Mittel zur Lösung von Zukunftsaufgaben darstellen kann, die ein Unternehmen allein nicht zu bewältigen vermag. Dies gilt insbesondere für Gemeinschaftsunternehmen die zum Zweck der Forschung und Entwicklung gegründet werden. Einerseits sind Zusammenschlüsse dieser Art von großer Bedeutung und dürfen daher nicht durch eine Fusionskontrolle verhindert oder erschwert werden. Andererseits sind auch Fälle denkbar, bei denen durch ein solches Gemeinschaftsunternehmen Forschungs- und Entwicklungskapazitäten derart konzentriert werden, daß ein wesentlicher Wettbewerb auf dem

35) Für die Ermittlung des Gesamtumsatzes (insbesondere im Hinblick auf § 24, VIII Nr. 1) sind die gesamten Umsatzerlöse des Gemeinschaftsunternehmens und der Muttergesellschaften zusammenzuzählen, da hinter dem Gemeinschaftsunternehmen die gesamten Ressourcen der Muttergesellschaften stehen. Vgl. Begründung zum RegE, BT-Drucksache VI/2520, S. 27; a.A. Behnisch, Festschrift für Kaufmann, S. 85, der nur von einer Zusammenrechnung der Marktanteile ausgeht.

künftigen Markt nicht zu erwarten ist. 36) Bei der wettbewerblichen Beurteilung solcher Gemeinschaftsunternehmen sind ferner die Konkurrenz- und Komplementärbeziehungen zwischen dem neuen Produkt oder Verfahren und den bestehenden Produkten oder Verfahren der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen. 37)

3) § 23, II Nr. 3 GWB n.F. greift 3 Formen von Zusammenschlüssen auf, die durch Unternehmensverträge entstehen:

- a) die Bildung eines Konzerns im Sinne des § 18 AktG; gegenüber dem RefE II wurde noch der Tatbestand der Erweiterung des Kreises der Konzernunternehmen - bei schon bestehendem Konzern - eingeführt;
- b) die Gewinnabführungsverträge im Sinne der § 291, I S. 2; 291, I S. 1 2. Altern.; 292, I Nr. 2 AktG aber nicht nur auf Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften a.A. beschränkt,
- c) die Betriebsverpachtungs- und die Betriebsüberlassungsverträge i.S.d. § 292, I Nr. 3 AktG sofern sie den wesentlichen Teil des Betriebs zum Gegenstand haben.

4) § 23, II Nr. 4 GWB n.F. erklärt personelle Verflechtungen zum Zusammenschluß, wenn unter mindestens der Hälfte der Mit-

36) Diese Bedenken waren z.B. bei der Entscheidung der englischen Monopolkommission im Fall (5) Glaxo Group/Beecham Group/The Boots Company maßgebend. Dort wurde es als ein entscheidender Nachteil der Fusion gewertet (es ging hier allerdings um den Zusammenschluß der Muttergesellschaften selbst), daß eines der ohnehin wenigen britischen Zentren beseitigt würde, in denen Forschung und Entwicklung betrieben und entschieden wird, wie die Forschungsgelder verteilt und ausgegeben werden. Dies sei insbesondere für die pharmazeutische Industrie von großer Bedeutung.

37) Vgl. Begründung zum RegE, BT-Drucksache VI/2520, zu § 24.

glieder des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs Personengleichheit herbeigeführt wird. Die Verfasser der KNov gehen zu Recht davon aus, daß durch die dergestalt bewirkte Konzentration von Leitungsmacht die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zwischen den betroffenen Unternehmen beeinträchtigt werden kann.

- 5) § 23, II Nr.5 formuliert einen Auffangtatbestand, mit den Wortem: "... jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können." Die Vorschrift setzt also nicht voraus, daß die Kontrolle tatsächlich ausgeübt wird; es genügt vielmehr die Möglichkeit einer Beherrschung.

Mit dieser Klausel kann die Zusammenfassung von Leitungsmacht durch mehrere untereinander koordinierte Unternehmen als Zusammenschluß erfaßt werden. Hierbei wird es sich in der Regel um eine rechtliche Verbindung der koordinierten Unternehmen z.B. durch einen Stimmbindungs- oder Konsortialvertrag handeln. Die Vorschrift läßt allerdings offen, welches Verhältnis unter den gemeinsam herrschenden Unternehmen bestehen muß. Lediglich die Formulierung "jede sonstige Verbindung" weist darauf hin, daß es sich um einen anderen als in § 23, II Nr.1 - 4 geregelten Zusammenschlußtatbestand handeln muß. Denkbar wäre allerdings ein Zusammenschluß nach Nr.5, bei dem mehrere Minderheitsaktionäre (mit jeweils weniger als 25 % -trotz Nr.2a) ihre Interessen hinsichtlich des anderen Unternehmens durch Zusatzabreden koordiniert haben. Der Bericht des Wirtschaftsausschusses^{37a)} erwähnt aber ausdrücklich auch faktische Unternehmensverbindungen, um keine Umgehungsmöglichkeiten zu eröffnen.

Der beherrschende Einfluß muß sich auf das gesamte Unternehmen erstrecken. Eine Abhängigkeit in Teilbereichen genügt nicht. Werden aber durch die Weisungsmöglichkeit für die Unternehmensführung insgesamt wesentliche Bereiche betroffen, so ist im allgemeinen von einer generellen Beherrschung des Unternehmens auszugehen. Dies kann im Einzelfall auch z.B. bei langfristigen Liefer- und Bezugsverträgen oder Darlehensverträgen der Fall sein.³⁸⁾

37a) Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 7/765, S.7

38) Vgl. Röhling, DB 1973, S. 1587

III. Mit diesem Katalog von Zusammenschlußform^{en} ist eine Ausgangsbasis geschaffen, von der aus die relevanten Erscheinungsformen von Unternehmenszusammenschlüssen erfaßt werden können. Vergleicht man den im GWB n.F. herausgearbeiteten Zusammenschlußtatbestand mit dem Pendant im englischen Monopolies and Mergers Act, so zeigt sich nicht nur eine Ähnlichkeit in seiner gesetzestechnischen Funktion (weit gefaßter Aufgreiftatbestand), sondern auch in seiner Ausgestaltung. Auch der englische Gesetzgeber hat versucht, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise alle denkbaren Fälle von Einflußnahmemöglichkeiten zu erfassen. Dabei ging er (anders als im GWB n.F.) von einer Negativdefinition des Zusammenschlußbegriffs aus: "... two or more enterprises have ceased to be distinct enterprises". Der so gewonnene weitere Spielraum wird aber sogleich eingeengt durch die Bestimmung, wann Unternehmen aufgehört haben, als getrennte zu bestehen, nämlich wenn sie unter "common ownership or control" geraten. Diese Begriffsweite hat der deutsche Zusammenschlußtatbestand nicht zuletzt durch seinen Auffangtatbestand (Nr. 5) auch erreicht. Man wird sogar sagen können, daß er (vor allem durch die Minderheitsbeteiligung von 25 % in Nr. 2 a) eher noch weitergeht.

Im englischen Gesetz sind aber auch zwei Kriterien erwähnt, die im GWB n.F. fehlen. Es ist dies die Fiktion eines Zusammenschlusses, wenn ein Unternehmen seine Geschäftsfähigkeit ganz aufgibt, und zwar als Folge eines Rechtsgeschäftes, das geschlossen wurde, um den Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken (§ 7, II Monopolies and Mergers Act). Da ein solches Rechtsgeschäft in der Wirtschaftspraxis wohl selten getätigt werden wird, kann im Fehlen dieser Vorschrift kein ernsthafter Mangel der deutschen Regelung gesehen werden. Dagegen wird es eher vorkommen, daß nach erfolgter Übernahme eines Unternehmens dieses gezwungen wird, sein Produktionsprogramm zu ändern. Wollte man aber diesen Sachverhalt zum Anlaß für ein staatliches Eingreifen machen, so wäre darin eine allgemein abgelehnte Mikrosteuerung durch den Staat zu sehen.

Ein weiterer Unterschied besteht in der ausführlichen Aufzählung der "miteinander verbundenen Personen", die nach englischem Recht wegen ihrer gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen als eine Einheit im Sinne der "common ownership or control" zu betrachten sind (§ 9 Monopolies and Mergers Act). Aber auch eine dementsprechende Bestimmung scheint im Rahmen einer deutschen Regelung nicht erforderlich zu sein.³⁹⁾ Inwieweit für die englische Konzentrationskontrolle ein Bedürfnis hierzu besteht, ist von hier aus schwer erkennbar. Bei der Struktur der Eigentumsverhältnisse der hier in Frage stehenden Unternehmensgrößen und angesichts der weitgehenden Trennung von Eigentum und Leitungsmacht wird in der Bundesrepublik jedenfalls eine solche Personalisierung des Zusammenschlußbegriffes kaum erforderlich sein.

39) Demgegenüber sieht Ebel, NJW 1973, S. 1666, hierin eine Gesetzeslücke, da § 23, II Nr. 5 GWB n.F. nur auf "Unternehmen" abstellt und Privatpersonen erst dann als Unternehmen gelten, wenn ihnen die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht (§ 23, II Nr. 2, S. 4 GWB n.F.).

D. Materielle Eingriffskriterien:

I. Die Toleranzklauseln als Aufgreifkriterien:

Eine Konzentrationskontrolle, die die Verhinderung des Entstehens von Zusammenballungen wirtschaftlicher Macht zum Ziel hat, ist auf gesamtwirtschaftlich schwerwiegende Zusammenschlüsse zu beschränken. Zu diesem Zweck wurden in § 24, VIII GWB n.F. sogenannte Toleranzklauseln formuliert. Diese haben die Funktion, den großen Kreis von Zusammenschlüssen, die nach § 23, I anzeigepflichtig sind, einzuzengen um nur die für eine Wettbewerbssicherung relevanten Fusionen einem Kontrollverfahren gem. § 24 zuführen zu müssen. Diese Toleranzklauseln stellen somit einen unteren Schwellenwert für die eigentlichen Kontrollmaßnahmen dar und werden daher auch Aufgreifkriterien genannt.¹⁾

Diese Trennung zwischen Aufgreif- und Eingriffskriterien findet sich auch im englischen Recht. Hier wird ein Fusionsvorhaben dann aufgegriffen, wenn der Wert des zu Übernehmenden Vermögensanteils 5 Millionen Pfund übersteigt oder wenn der Zusammenschluß dem betreffenden Unternehmen eine Monopolstellung verschafft.²⁾ Was das letztere Aufgreifkriterium anlangt, das nur dann herangezogen wird, wenn die Erfüllung des 5 Millionen Pfund-Kriteriums nicht offensichtlich ist, so ist hier ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Gesetz zu verzeichnen. Während hier der Monopoltatbestand (er ist

1) Einige Autoren bezeichnen auch die in § 23, I Ziff. 1 und 2 GWB n.F. festgelegten Kriterien, die nur eine Anzeigepflicht begründen, als Aufgreifkriterien. Hiernach sind Zusammenschlüsse anzuzeigen, wenn ein Marktanteil von mindestens 20 % erreicht oder erhöht wird oder die beteiligten Unternehmen insgesamt 10 000 Beschäftigte oder Umsatzerlöse von mindestens 500 Millionen DM hatten. Mit dem RefE II und der KNov wurden aber zusätzliche Kriterien in § 24, VIII geschaffen (Toleranzklauseln) mit deren Hilfe Zusammenschlüsse zum Zwecke eingreifender Kontrolle aufgegriffen werden sollen.

2) Vgl. oben 1. Teil § 2, B III und IV

bei einem Marktanteil von einem Drittel erreicht) lediglich die Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens bildet, stellt dieser im GWB n.F. bereits den Verbotstatbestand selbst dar. Im englischen Verfahren kommt ein Eingriff erst in Betracht, wenn zusätzlich unter Abwägung einer Vielzahl von Gesichtspunkten eine Verletzung des öffentlichen Interesses fest gestellt wird.

Es wäre aber unzutreffend, wenn man daraus schließen wollte,^{2a)} daß die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Eingriff nach deutschem Recht unverhältnismäßig weiter wären. Denn einmal stützt sich die Einleitung eines Kontrollverfahrens fast durchweg auf das (zumeist gegebene) 5-Millionen-Pfund-Kriterium³⁾, und zum anderen stellt wie unten zu zeigen sein wird, das Marktanteilkriterium nicht allein den Verbotstatbestand im GWB n.F. dar. Vielmehr wird auch im deutschen Recht auf eine Vielzahl anderer Gesichtspunkte abgestellt, was in den fünf Indizien für eine überragende Marktstellung, den Abwägungsklauseln des § 24,I und der sogenannten Ministererlaubnis des § 24,III zum Ausdruck kommt.

Die Aufgreifkriterien des § 24,VIII GWB n.F. lassen eine einereifende Konzentrationskontrolle gem. § 24,I bis VII dann nicht zu, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt Umsatzerlöse von weniger als 500 Millionen DM hatten (Ziff. 1).

2a) So aber Geitner, WRP 1973, S. 5

3) Von den bisher gerügten 12 Überweisungen an die Monopolkommission erfolgten zwei auf Grund des Monopolkriteriums (7) British Insulated Callender's Cables / Pyrotenax und (10) British Sidac / Transparent Paper, eine auf Grund beider Aufgreifkriterien, wobei die Monopoluntersuchung auf bestimmte Produkte beschränkt war (8) Guest, Keen & Nettlefolds / Birfield. Die restlichen neun Fälle wurden über das 5-Millionen-Pfund-Kriterium aufgegriffen.

Diese Aufgreifgrenze lag bisher (RefE II und im RegE) noch bei 1 Milliarde. Sie wurde wegen der fortschreitenden Konzentration mit gesamtwirtschaftlich relevanten Zusammenschlüssen unter der Milliarden-Grenze gerade in jüngster Zeit ⁴⁾ und auf Grund von im Sachverständigengutachten vorgetragenen Bedenken ⁵⁾ auf 500 Millionen DM festgesetzt.

Die Umsatzgröße ist ferner in § 24 a relevant: Die prinzipielle ex-post-Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen wird zur ex-ante-Kontrolle, wenn bei einem Zusammenschlußvorhaben mindestens 2 der beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von jeweils einer Milliarde DM oder mehr hatten. Der hiergegen mitunter vorgetragene Vorwurf eines übermäßigen Strebens nach Perfektion ⁶⁾ scheint nicht gerechtfertigt zu sein. Gerade die Erfahrungen, die in England bei der Fusionskontrolle gemacht wurden, zeigen, daß in einigen Fällen die Entscheidung der Monopolkommission beeinflusst war von den durch den Vollzug des Zusammenschlusses geschaffenen vollendeten Tatsachen. Aus diesem Grund geht eine neuere Tendenz der englischen Konzentrationspolitik dahin, von der sog. "standstill order" (des Vollzugsverbotes eines Zusammenschlusses während des Untersuchungszeitraumes) häufiger Gebrauch zu machen.

Eine Konzentrationskontrolle findet ferner dann nicht statt, wenn ein Unternehmen, das Jahresumsatzerlöse von nicht mehr als 50 Millionen DM hatte, sich einem anderen Unternehmen anschließt (Ziff. 2). Mit dieser Mittelstandsklausel soll erreicht werden, daß kleineren und mittleren Unternehmen, die ihre Selbständigkeit aufgeben wollen, durch die Fusion mit einem größeren Unternehmen eine volle Verwertung der in ihrem

4) Vgl. den Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaft zu § 24, BT-Drucksache 7/765, S. 8

5) Vgl. Jahresgutachten des Sachverständigenrates 1971, BT-Drucksache VI/2847 Ziff. 396. Insbesondere für vertikale Zusammenschlüsse erscheine die Grenze von 1 Milliarde DM Umsatz reichlich hoch.

6) Vgl. u.a. Rittner, DB 1973, S. 319.

Unternehmen steckenden Vermögenswerte möglich ist. Die Benutzung des objektiven Kriteriums der Umsatzerlöse als Grenze für die Kontrolle von Zusammenschlüssen entbehrt nicht einer gewissen Willkür. Dennoch ist der Vorwurf, hierdurch würden Großunternehmen unter Sonderrecht gestellt, nicht berechtigt. Da sich Anbietermacht ohnehin nicht objektiv feststellen läßt, bleibt dem Gesetzgeber nichts anderes übrig, als mit Hilfe von Aufgreifkriterien eine Grenze zu bestimmen, von der ab Zusammenschlüsse untersagt werden können.

Eine weitere Toleranzklausel enthält das Erfordernis, daß sich die durch den Zusammenschluß zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung zumindest in einem wesentlichen Teil des Bundesgebietes auswirkt (Regionalklausel, Ziff. 3). Damit wurde für die räumlich relevante Marktabgrenzung eine Mindestanforderung gesetzt.⁷⁾ Eine vierte und letzte Toleranzklausel besagt, daß eine Wettbewerbsbeschränkung unberücksichtigt bleibt, die einen Markt betrifft, auf dem insgesamt weniger als 10 Millionen DM im letzten Kalenderjahr umgesetzt wurden (Bagatellklausel, Ziff. 4).

Durch diese Aufgreifkriterien werden somit Wettbewerbsbeschränkungen, die insbesondere durch Konzentration kleinerer Unternehmen entstehen, bewußt geduldet; es wird "nicht Wettbewerb um jeden Preis an jeder Stelle"⁸⁾ durchgesetzt. Die Zulassung marktbeherrschender Stellungen kleinerer Unternehmen auf begrenzten Märkten kann zumindest vorläufig hingenommen werden, weil solche Marktstellungen in einer dynamischen Wettbewerbswirtschaft ohnehin häufig nur von temporärer Bedeutung sind, und die betreffenden Unternehmen ständig mit dem Eindringen neuer Wettbewerber auf ihren Märkten zu rechnen haben.

7) Vgl. dazu unten 2. Teil D. II b)

8) Vgl. Steindorff, Betriebs-Berater 1970, S. 824 ff. (829)

Die Kombination von Aufgreif- und Eingreifkriterien hat sich bei der englischen Fusionskontrolle grundsätzlich bewährt,⁹⁾ und wird auch im Rahmen der deutschen Regelung nützlich sein. Ob allerdings die Aufgreifkriterien des § 24, VIII GWB n.F. in der jetzigen Form in Zukunft beibehalten werden, kann bezweifelt werden. Denn als Anhängsel zu den die Eingreifvoraussetzungen festlegenden Bestimmungen der Absätze 1 bis 7 scheint der Absatz 8 bereits auf eine Änderung oder teilweise Streichung angelegt zu sein.

Die zukünftige Handhabung des Gesetzes wird zeigen, inwieweit die normierten Toleranzklauseln von der Größenordnung her praktikabel sind. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß diese an sich willkürlichen Grenzziehungen, die nur aus empirischen Erkenntnissen resultieren, nach einigen Jahren praktischer Erfahrung modifiziert werden müssen. So ist auch nach 8-jährigem Bestehen des englischen Gesetzes eine Änderung vorgesehen, wonach das Aufgreifkriterium bezüglich des Marktanteils von einem Drittel auf ein Viertel gesenkt werden soll.

Sind die Aufgreifvoraussetzungen gegeben, so tritt das Bundeskartellamt in die Prüfung der Eingriffskriterien des § 24 i.V.m. § 22 GWB n.F. ein. Hier hat die Behörde zu ermitteln, ob durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Auf diesen in der KNov erweiterten Konzentrationstatbestand soll im folgenden eingegangen werden. Vorab empfiehlt es sich jedoch, den Begriff des Marktanteils (insbesondere des relevanten Marktes) zu behandeln, da dieses Subkriterium des Tatbestandes der marktbeherrschenden Stellung eine Reihe besonderer Fragen aufwirft.

9) Dies gilt, wenn man davon absieht, daß im Rahmen der Kompetenzverteilung das Ministerium als politische Instanz das Initiativrecht besitzt und damit ein gleichmäßiges Aufgreifen aller unter die Kriterien fallender Zusammen-schlüsse nicht gewährleistet ist.

II. Der Marktanteil, insbesondere der relevante Markt:

Die Bestimmung des Marktanteils setzt schon begrifflich die Abgrenzung des Marktes voraus. Die Schwierigkeit dieser Marktabgrenzung stellt aber zugleich die Schwäche dieses Kriteriums dar. Es gibt nicht wenige Wissenschaftler, die die Bestimmung von Marktmacht, bzw. des Konzentrationsgrades für unmöglich halten. So hat Dean Edward S. Mason ¹⁰⁾ über die Chancen einer Konzentrationsmessung schon in den 50er Jahren folgendes geäußert: "Daß Marktmacht eine schwer feststellbare Größe ist, bedarf keines Beweises ... es ist nicht möglich und wird auch nicht möglich sein, durch Berechnung von Marktanteilen oder ähnlichem Hokuspokus einen eindeutigen Maßstab für den Grad von Monopolmacht zu bestimmen."

Henrichs ¹¹⁾ hat aus der amerikanischen Rechtsprechung das Facit gezogen, es werde "Überwiegend die Ansicht vertreten, daß Marktmacht nicht oder jedenfalls nur mit unsicheren auf den Einzelfall abgestellten Methoden und Ergebnissen gemessen werden könne". Henrichs zitiert auch den bekannten Ausspruch des Richters Learned Hand in der Alcoa-Entscheidung: "Dieser Prozentsatz - über 90 % - ist ausreichend um ein Monopol zu begründen; es ist zweifelhaft, ob 60 % oder 64 % ausreichen; sicher würden 33 % nicht ausreichen."

Bartholomeyczik ¹²⁾ definiert den Begriff des Marktanteils dadurch, daß er ihn als das prozentuale Verhältnis bezeichnet, in dem die "Erzeugung" des Unternehmens zur "Gesamterzeugung"

10) Zitiert bei Dürrhammer, Über die Bestimmung eines Konzentrationsgrades, WuW 1959, S. 807

11) Das Monopolisierungsverbot im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1970, 42 ff.; Sölter, Fusionskontrolle - Für und Wider 1970, S. 58; Sölter führt noch weitere Stimmen gegen die Bestimmbarkeit der Marktmacht an.

12) Bartholomeyczik, in Gemeinschaftskommentar, § 22 Rdn. 53

steht. Diese Betrachtungsweise ist aber einseitig, denn der Marktanteil muß ja nicht immer auf der Angebotsseite bestehen, sondern er kann sich auch auf der Nachfrageseite auswirken. Es ist demnach bei der Ermittlung des Marktanteils auch derjenige Markt zu berücksichtigen, auf dem das Unternehmen als Abnehmer auftritt.¹³⁾ Marktanteil ist also das prozentuale Verhältnis von Erzeugung oder Verbrauch eines Unternehmens zur Gesamterzeugung oder zum Gesamtverbrauch.

Diese Definition ist aber zu wenig differenziert, um als brauchbare Formel zur Bestimmung des Marktanteils dienen zu können. Es gibt nun schon der Wortlaut des § 23 GWB a.F., der an einen gewissen Marktanteil eine Anzeigepflicht anknüpft, einen Hinweis zur weiteren Konkretisierung des Begriffs. Das Gesetz spricht vom "Erreichen eines Marktanteils für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen." Das bedeutet, daß sich der Marktanteil auf einen ganz bestimmten Markt, den sogenannten "relevanten Markt"¹⁴⁾ bezieht.

13) so auch: Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bd. II, § 23, Tz 69.

14) Vgl. hierzu vor allem Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968; Günther, Der relevante Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 1960, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Günther kommt in seiner Untersuchung über den Marktbegriff im GWB zum Ergebnis, daß man bei der Feststellung der Marktbeherrschung i.S.d. § 22 GWB wie bei der Bestimmung der Marktbeherrschung i.S.d. § 23 GWB gegenständlich von demselben Begriff des relevanten Marktes auszugehen habe.

Was nun die Abgrenzung des relevanten Marktes anlangt, so ist davon auszugehen, daß ein Unternehmen häufig, wenn nicht sogar in der Regel, auf mehreren Gebieten tätig wird und nicht nur ein Produkt herstellt. Es ist deswegen nötig, den relevanten Markt gegenständlich abzugrenzen. Da ein Unternehmen aber auch in verschiedenen Absatzräumen tätig sein kann, gilt es den Markt auch räumlich festzulegen. Und da die Marktverhältnisse ständig in Bewegung sind, ist es erforderlich, die Marktabgrenzung auf einen bestimmten Zeitpunkt abzustellen. Der relevante Markt ist demnach gegenständlich, räumlich und zeitlich abzugrenzen. 15)

- a) Die sachliche oder gegenständliche Abgrenzung ist die schwierigste. Hierbei kann nicht lediglich auf die physisch-
-

15) vgl. Günther, Der relevante Markt a.a.O., S. 19; Frankfurter Kommentar zum GWB, § 22 Tz 8 - 17, sowie Einl. C. Tz 162 ff.; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar § 22 Rdnr. 18 ff.; Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, § 22 Anm. 5 ff.; von Stackelberg, Grundlagen, S. 18 f. zum Begriff des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik; u.a. Erich Kaufer, Die Bestimmung von Marktmacht, 1966 m.w.N.

technische Ähnlichkeit bzw. Gleichheit oder Produktionsverwandtschaft der einzelnen Güter abgestellt werden. Das würde zu einer zu engen Abgrenzung führen, die angesichts der ungeheuren Vielzahl von Substitutionsgütern, die hierzu ein Konkurrenzverhältnis bilden, absurd wäre.

Nach der Lehre von der monopolistischen Konkurrenz ¹⁶⁾ werden die Märkte aber in dieser Weise eingeteilt. Danach bildet fast jedes Gut einen Elementarmarkt, auf dem der jeweilige Produzent Monopolist ist. Dieser befindet sich aber, so wird von den Vertretern dieser Theorie hervorgehoben, als "Insulaner unter Invasionsgefahr". Die Volkswirtschaft zeige das Bild eines "verflochtenen Netzwerkes von Elementarmärkten", einer Welt von Monopolen, die untereinander in "monopolistischer Konkurrenz" konkurrieren.

Durch diese Atomisierung des Marktes wird der Marktbegriff obsolet und der Begriff des Monopolisten gleichbedeutend mit dem des Konkurrenten.

Es besteht aber auch die Gefahr, in das gegenteilige Extrem abzurutschen. Wenn man nämlich davon ausgeht, daß jedes Produkt oder jede Leistung bis zu einem gewissen Grad durch eine andere - sei es auch durch eine noch so weit entfernte Substitutionskonkurrenz - ersetzt werden kann, wird der Markt immer mehr in Richtung auf die gesamte Volkswirtschaft ausgedehnt. Die Folge ist, daß es ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht mehr geben kann. Diese gegenständliche Marktabgrenzung wäre aber wirklichkeitsfremd und würde dem Zweck des Gesetzes widersprechen.

Neben diesen beiden Extremlösungen ist noch eine dritte zu erwähnen, nämlich die rein subjektive Betrachtungsweise, die aber auch nicht weiterführt. Nach dieser Bedürfnisgruppen-

16) Vgl. Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung, S. 28 Anm. 91 f., sowie die Literaturzusammenstellung bei K. Wagner, Schriften S. 51, zitiert nach Frankfurter Kommentar Einl. C Tz 166, der eine Übersicht über die vertretenen Theorien zum Monopolbegriff bringt; er erwähnt die klassische Monopoltheorie, die Lehre von der monopolistischen Konkurrenz und der Bedeutung des Monopolisierungsgrades, sowie die subjektiven Monopoltheorien.

bildung sollen die Güter entsprechend ihrer Austauschbarkeit unter Berücksichtigung von einheitlichen Kundenbedürfnissen katalogisiert werden. Günther ¹⁷⁾ meint zu Recht, daß hier das der Substitution zweifellos innewohnende subjektive Element, ob die objektiv austauschbaren Waren von dem Kundenkreis auch tatsächlich als austauschbar angesehen werden, überbewertet wird.

Eine Reihe von Autoren ¹⁸⁾ wollen deswegen Kriterien für die gegenständliche Abgrenzung des relevanten Marktes darin finden, daß sie bestimmte Gruppen von Waren und Leistungen nach einem übereinstimmenden Verwendungszweck, bzw. nach übereinstimmendem Nutzwert untersuchen. Wenn also mehrere Produkte annähernd gleiche Verwendungszwecke haben, so gehören sie demselben Markt an. Und zwar ist diese Einteilung nach der gemeinsamen Verkehrsauffassung beider Marktseiten, also der Anbieter wie auch der Abnehmer, vorzunehmen. ¹⁹⁾ Bartholomeyczik ²⁰⁾ kommt zu demselben Ergebnis; er nimmt als Kriterium für die Bestimmung der Gleichartigkeit der Waren, "ihre wechselseitige Ersetzbarkeit oder Substituierbarkeit" auf Grund eines Vergleichs von Eigenschaften, wirtschaftlichem Gebrauch und Preislage. Jedoch überlässt er diese Prüfung der funktionellen Austauschbarkeit allein dem Verbraucher und zwar dem "verständigen Verbraucher" im Sinne des sogenannten "reasonable man" aus dem englischen Recht.

17) Günther, Der relevante Markt a.a.O., S. 19

18) Vgl. Callmann, Kartellrecht S. 85; Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung, S. 26-32; Rasch MA 1952, 534 sowie Kommentar, § 22 Anm. 3; Röper, Konkurrenz S. 33 ff.; zitiert nach Frankfurter Kommentar zum GWB, § 22 Tz 12

19) Als Beispiele für eine Marktabgrenzung nach dieser Methode führt der Frankfurter Kommentar zum GWB an: Wolle und Baumwolle, Rayon und Perlon, Natur- und Kunstseide, Fruchtsäfte und Mineralwasser können je nach Verwendungszweck gemeinsamen Märkten angehören. In diesem Sinne urteilte auch das Kammergericht - OLGR 27, 265 -, als es Weine und Spirituosen, Mineralwasser und Brauselimonaden zu demselben Markt zugehörig erklärte; dies wurde mit der, obwohl stark abstrahierten, so doch plastischen Argumentation begründet, daß alle diese Getränke bestimmt seien, "den Durst in einer mit Genuß verbundenen Weise zu stillen."

20) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Rdn 18 ff.

In diese Richtung zielt auch die aus den USA stammende Theorie der Kreuzpreis-Elastizität, ²¹⁾ wonach der Grad der wechselseitigen Preisabhängigkeit zweier Güter über ihre Zugehörigkeit zu einem gemeinsamen Markt entscheiden soll. Diese Kreuzpreis-Elastizität ist dann gegeben, wenn die Preisänderung eines Erzeugnisses den Übergang zu anderen Erzeugnissen veranlassen kann. Auch diese Theorie kann somit bei der gegenständlichen Marktabgrenzung zusätzlich herangezogen werden, wobei man aber nicht übersehen darf, daß die Preisbildung daneben auch noch von vielen anderen Faktoren abhängt.

- b) Was die räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes anlangt, so kann diese, je nach Wirtschaftsstufe und Art des Gutes, unterschiedlich sein. Der Produzent einer Ware vertreibt diese auf einem weiteren Absatzraum, während der die gleiche Ware handelnde Einzelhändler auf einem engeren Absatzraum tätig wird. Es kann aber auch die Art des Gutes für den Absatzraum maßgeblich sein. Dies gilt vor allem für Waren, die zum alsbaldigen Verzehr bestimmt sind. ²²⁾ Insofern kann der relevante Markt sich also auf das ganze Bundesgebiet erstrecken oder sich nur auf einen regionalen oder lokalen Bereich beschränken.

Jedoch erscheint es nötig, was die Marktabgrenzung nach unten anlangt, einige Mindestanforderungen zu stellen, um wirklich nur relevante Zusammenschlüsse zu erfassen. Die KNov hat dies in Form von sog. "Toleranzklauseln" versucht. Nach § 24, VIII Nr. 3 GWB~~n~~_n muß sich die zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung

21) Bartholomeyczik, a.a.O., § 22 Anm. 24; WuW/E LG/AG 307, "Schallplattenring".

22) Andererseits ist heutzutage speziell was die Ortsgebundenheit von Waren auf Grund ihrer Verderblichkeit oder auch der regionalen Lebensgewohnheiten und Geschmacksrichtungen anlangt eine starke Ausdehnung der Absatzgebiete sogar auf internationaler Ebene festzustellen. Dies gilt für die gesamte Konsumgüterindustrie, die man fast auf europäischer Ebene als einheitlich bezeichnen kann. Ursache hierfür dürfte die fortschreitende Erschließung der Transportmittel, sowie der Verkehrswege sein, aber auch die zunehmende Anpassung der Lebensgewohnheiten über die Grenzen hinweg.

im Geltungsbereich des Gesetzes oder doch zumindest in einem wesentlichen Teil desselben auswirken. "Ein wesentlicher Teil" ist zwar ein auslegungsbedürftiger Begriff, der aber im Einzelfall wohl konkretisiert werden kann. So könnte man darunter größtmäßig mit Sicherheit das Gebiet eines Bundeslandes, aber wohl kaum Regionen von geringerer Größenordnung verstehen. 23)

Eine weitere Aussonderung von irrelevanten Zusammenschlüssen soll nach § 24, VIII Nr. 4 GWB¹⁾ dadurch erfolgen, daß diejenigen Fusionen unbeachtet bleiben sollen, die einen Markt betreffen, auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 10 Millionen DM umgesetzt wurden. Damit werden gesamtwirtschaftlich unbedeutende Märkte außer Betracht gelassen.

Durch diese beiden Toleranzklauseln wird vom Gesetzgeber unterstrichen, daß trotz Sicherung des Wettbewerbs die Notwendigkeit zu gewissen Konzentrationsvorgängen anerkannt wird. Insbesondere kleinen Unternehmen wird die Konzentration selbst dann erlaubt, wenn hierdurch auf örtlichen Märkten eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung erfolgt. Dieses Ergebnis ist auch deshalb nicht zu beanstanden, weil die Erhaltung lokaler Marktmacht in einer dynamischen Wirtschaftsentwicklung ohnehin vielfach nur für begrenzte Zeit möglich ist. 24)

Nun stellt sich aber die gegenteilige Frage, ob der relevante Markt sich auch auf ein Gebiet außerhalb der Grenzen des Bundesgebietes erstrecken kann. Dies wird zum Teil bejaht: "In vielen Fällen haben sich die örtlichen Marktbereiche sogar über die Grenzen der Bundesrepublik durch Abbau der Zollschränken und andere dem zwischenstaatlichen Verkehr dienende Maßnahmen erweitert. Diese Entwicklung wird sich zukünftig, vor allem im Gebiet der Europäischen Wirtschafts-

23) So auch die Begründung zum § 24, VIII Nr. 3 RegE, BT-Drucksache VI/2520

24) Vgl. Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (829)

gemeinschaft verstärken. 25)

Auszugehen ist von der ratio legis einer nationalen Fusionskontrolle. Diese beschränkt sich naturgemäß darauf, den Wettbewerb im nationalen Bereich zu schützen. Insofern kann grundsätzlich nur der Inlandsmarkt relevant sein. Dabei werden aber auch die Marktanteile ausländischer Unternehmen auf dem Inlandsmarkt berücksichtigt werden müssen. Eine zu beachtende Einwirkung auf den Inlandsmarkt kann möglicherweise auch schon im potentiellen Wettbewerb ausländischer Unternehmen gesehen werden, wenn diese mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Eintritt in den deutschen Markt bereit und in der Lage sind. 26)

Bei der Beurteilung der Marktstellung eines inländischen Unternehmens kann die ausländische Wettbewerbssituation dann von Bedeutung sein, wenn das Unternehmen auf Auslandsmärkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist und sich daraus eine Wettbewerbskontrolle auch für sein inländisches Marktverhalten ergibt. Allerdings kann diese Konkurrenz auch auf die Exportmärkte begrenzt sein, während sich im Inland lediglich der wettbewerbsbeschränkende Effekt des Zusammenschlusses auswirkt. 27)

An dieser Stelle wird vor allem von Seiten der Industrie 28) eingewandt, daß eine nationale Fusionskontrolle den deutschen Großunternehmen schaden würde, weil deren Auseinandersetzung auf dem heute relevanten Europa- oder Weltmarkt stattfindet. Eine Beurteilung nach binnenwirtschaftlichen Verhältnissen sei daher anachronistisch und realitätsfern. Die Erwiderung,

25) So Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 16, der dies allerdings für die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen des § 22 GWB feststellt, also bei der Bestimmung des Tatbestandes der Marktbeherrschung; anders derselbe in § 23, Tz. 70 wo gesagt wird, daß es nur darauf ankomme, welche Anteile die beteiligten Unternehmen am relevanten Inlandsmarkt haben.

26) Bericht des Wirtschaftsausschusses, S. 6, BT-Drucksache 7/765; zum Gesamtproblem vgl. aus ordnungspolitischer Sicht Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, 1969, S. 78; BB 69, S. 1405 f.; Biedenkopf, BB 72, S. 1466 f.; Schiller, WuW 71, S. 5; Kantzenbach, WuW 71, S. 8; Behnisch WRP 70, S. 93; Hermanns, AWD 70, S. 344 ff.

27) Vgl. die Begründung des RegE zu § 22, I S. 2

28) Vgl. u.a. F. Berg, WuW 1971, S. 10 ff.; Sölter in Fusionskontrolle - Für und Wider, S. 69

die nationale Fusionskontrolle werde "im Weltmarktformat", also unter Berücksichtigung der internationalen Wettbewerbssituation betrieben, lehnen diese Verfasser mit dem - nicht ganz unzutreffenden - Argument ab, daß deutsche Behörden weder rechtlich noch faktisch in der Lage wären, die dazu nötigen Informationen über ausländische Marktmächte zu erhalten.

Den Kritikern der Konzentrationskontrolle ist zuzugeben, daß eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen bei einer nationalen Kontrolle zwar nicht zwingend, aber doch denkbar ist. Für diese Fälle wurde von verschiedener Seite die Einführung einer "Weltmarktklausel" (und in anderem Zusammenhang auch sog. Fortschritts-, Struktur-, Gemeinwohl- und Sanierungsklauseln) gefordert.²⁹⁾ Diese Klauseln sollen dem Minister die Möglichkeit geben, qua Ausnahmeerlaubnis Interessenkonflikte bei eigentlich zu untersagenden Fusionsvorhaben zu lösen. Diese Forderung hatte sich im RefE I³⁰⁾ in Form einer solchen Weltmarktklausel niedergeschlagen, die insbesondere der exportierenden Industrie zugute kommen sollte.

In den RefE II wurde diese Klausel nicht übernommen; stattdessen wurde eine sog. Gemeinwohlklausel eingeführt,³¹⁾ die sich an § 8, I GWB orientierte. Diese Klausel war einerseits nur für eng begrenzte Ausnahmefälle gedacht, was in den Worten "ausnahmsweise", "überwiegend" und "notwendig" zum Ausdruck kommt. Andererseits sind die Tatbestandsmerkmale "Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl" von kaum zu begrenzender Weite und

29) Vgl. in diesem Sinne zuletzt; Raisch in Fusionskontrolle, S. 29 ff., 41 f.; derselbe BB 1971, S. 233; Benisch WRP 1970, S. 93 ff.; Sölter in Fusionskontrolle, S. 69 ff.; Berg WuW 1971, S. 10 ff.; Scholz, Konzentrationskontrolle S. 24, 78 ff.

30) § 24, I S. 2 Nr. 2 des RefE I läßt eine Ausnahmeerlaubnis zu, wenn ... "ohne den Zusammenschluß die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes gefährdet wäre und demgegenüber die Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung für den Inlandsmarkt zurücktritt."

31) Nach § 24, III RefE II ist eine Ausnahmeerlaubnis möglich, wenn der Zusammenschluß "ausnahmsweise aus Überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird."

bringen eigentlich nur zum Ausdruck, daß Zusammenschlüsse, die nur den beteiligten Unternehmen nützen, keine Ausnahmeerlaubnis rechtfertigen können. Insofern wurde im RefE II den Forderungen nach einer Weltmarkt- und Fortschrittsklausel zumindest inhaltlich und grundsätzlich Genüge getan. Denn sowohl die Sicherung des technischen Fortschritts als auch die Erhaltung einer leistungsfähigen Exportwirtschaft sind - obwohl zunächst unternehmensautonome Ziele - auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse, zumal es wegen der Toleranzklauseln des § 24, VIII RefE II nur um Unternehmen von beachtlicher Größenordnung geht.

Dieses Auslegungsergebnis, wonach ein Konzentrationsvorgang aus Weltmarkt- oder Fortschrittsgründen grundsätzlich legalisiert werden kann, ³²⁾ war nach dem Wortlaut des RefE II nicht unbestritten. ³³⁾ Um diesen Auslegungsschwierigkeiten zu begegnen wurde in den § 24, III der Kartellnovelle folgender Zusatz aufgenommen: "hierbei (bei der Ministererlaubnis) ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen." Die Prüfung der Exportfähigkeit der beteiligten Unternehmen ist somit Gegenstand der Ministererlaubnis. Dies schließt aber nicht aus, daß das Vorhandensein internationaler Konkurrenz bei Feststellung der Marktbeherrschung durch das Bundeskartellamt insoweit zur Sprache kommt, als sich diese Konkurrenz auf die inländische Wettbewerbssituation auswirkt.

Prinzipiell erscheint eine Bezugnahme auf den eigentlich relevanten EWG-Markt wünschenswert. ³⁴⁾ Indessen sind die von der Bundesregierung geäußerten Bedenken ³⁵⁾ nicht von der Hand zu weisen. Diese macht darauf aufmerksam, daß die

32) In diesem Sinn auch die Begründung zum RefE II, a.a.O., zu § 24, S. 103

33) Vgl. Scholz, Konzentrationskontrolle S. 79

34) Hierfür tritt nachdrücklich auch Steindorff, BB 1970, S.824 ff. (829) ein. Er fordert bei der Bestimmung des relevanten Marktes sich nur dann auf die bundesrepublikanischen Anteile zu beschränken, wenn die einzelnen EWG-Marktanteile nicht feststellbar sind.

35) Vgl. Begründung der Bundesregierung zum RegE., Abschnitt II, Nr. 1 und zum § 24

nationalen Märkte in Europa noch nicht ausreichend integriert sind, was an rechtlichen aber auch an vielfältigen tatsächlichen Schranken liegt wie z.B. Käuferpräferenzen, Transportkosten, fehlenden Vertriebssystemen usw. Solange diese Schranken nicht überwunden sind, können sich auf Teilmärkten in Europa eher marktbeherrschende Stellungen bilden und verstärken. Gerade in der Übergangszeit auf dem Wege zur europäischen Wirtschaftsunion ist es nach Ansicht der Bundesregierung deshalb wichtig, einer Verkrustung der einzelnen nationalen Märkte entgegenzuwirken.

- c) Neben der gegenständlichen und der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes muß auch noch die zeitliche Komponente untersucht werden. Angesichts der ständigen Schwankungen der Marktverhältnisse muß ein einheitlicher Zeitpunkt gewählt werden, in dem die Marktlage der Unternehmen analysiert wird. Das schafft bei der Fusionskontrolle allerdings keine Schwierigkeiten. Für die Bestimmung des Marktanteils wird man in der Regel das dem Zusammenschluß vorausgegangene Geschäftsjahr zugrunde legen. Da der Zusammenschluß als zivilrechtliches Rechtsgeschäft ein feststellbares Vertragsdatum hat, dürften hier keine Probleme liegen. ³⁶⁾

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Indem es gelungen ist, dem Begriff des relevanten Marktes einigermaßen faßbare Konturen zu geben, wurde auch der Marktanteil zu einem tauglichen Instrument zur Messung des Konzentrationsgrades. Das besagt nun nicht, daß der Streit um die Definition des Marktanteils mittlerweile beendet sei; vielmehr war es trotz der Abgrenzungsschwierigkeiten angebracht, dem Marktanteil als Instrument der Konzentrationskontrolle den Rang eines Indizes zu geben. Er soll mit anderen Kriterien zusammen ein Indiz dafür sein, ob der Tatbestand der Marktbeherrschung vorliegt oder nicht.

36) Zur zeitlichen Abgrenzung allgemein: Frankfurter Kommentar § 23 Tz. 72 und § 22 Tz. 17; Gemeinschaftskommentar, § 22, Rdnr. 17

Auch die amerikanische Rechtsprechung ist im Laufe der Jahre zu einer dementsprechenden Bewertung des Marktanteils gelangt.³⁷⁾ Ob auf einem bestimmten Markt ein Monopol vorhanden ist, hängt von vielen Faktoren ab. Die Größe eines Unternehmens ist zwar ein wichtiges Indiz, in der Regel aber gilt der Marktanteil als ausschlaggebend.

In dieser Weise hat sich auch der deutsche Gesetzgeber³⁸⁾ bei der Frage, wann Marktbeherrschung vorliege, entschieden. Er stellt eine widerlegbare Vermutung auf, wonach ein Unternehmen marktbeherrschend ist, "wenn es ... einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat." Diesem Vermutungstatbestand geht aber eine selbständige Definition der Marktbeherrschung voraus. Das zeigt deutlich, wie das Verhältnis von Marktanteil zu Marktbeherrschung und dieses zur Wettbewerbsbeschränkung gesehen wird. Auf die Einzelheiten dieser Frage, insbesondere bei welchem prozentualen Marktanteil eine Marktbeherrschung vermutet werden kann, soll im folgenden Abschnitt eingegangen werden.³⁹⁾

37) Vgl. hierzu die Erläuterungen zum Monopolbegriff im amerikanischen Recht an Hand der Entscheidungen U.S. v. Swift & Co. 286 U.S. 106 (1932); U.S. v. Grinnel Corporation, 110 F. Supp. 295 (1953), dargestellt im Frankfurter Kommentar, Einl. Anh. A Tz. 47

38) GWB n.F. bei Bestimmung des Begriffes marktbeherrschende Stellung in § 22

39) Vgl. zum Verhältnis Marktanteil-Marktbeherrschung; statt vieler Frankfurter Kommentar § 22 Tz. 26 ff.; Bartholomeyczik, a.a.O., § 22 Rdnr. 53

III. Die marktbeherrschende Stellung

a) Allgemeines zum Begriff:

Dieser Begriff der "marktbeherrschenden Stellung" ist das eigentliche Eingriffskriterium der Konzentrationskontrolle im deutschen Recht. Er ist das Pendant zum Monopolbegriff im amerikanischen Recht. Dort wird Monopol als Macht definiert, Preise zu bestimmen oder Wettbewerber auszuschließen.⁴⁰⁾ Es ist unbestritten, daß nicht nur diese beiden Merkmale gleichermaßen vom Begriff der marktbeherrschenden Stellung erfasst werden; vielmehr decken sich auch im einzelnen die Tatbestände, die den Monopolbegriff umreißen, mit denen der marktbeherrschenden Stellung.

40) Ständige Rechtsprechung des Supreme Court; so U.S. von American Tobacco Co., 328 U.S. 781 (1946): das Kriterium ist: "not that prices are raised and that competition actually is excluded but that power exists to raise prices or exclude competition when it is desired to do so." U.S. v. Du Pont & Co., 351 U.S. 377 (1956); "Power to control or exclude competition."

Dennoch ist es zu begrüßen, daß das GWB a.F. (und jetzt die KNov) nicht den Monopolbegriff übernommen hat. Mit diesem Ausdruck werden im allgemeinen Sprachgebrauch, in der Volkswirtschaft wie auch in der Rechtswissenschaft die unterschiedlichsten Bedeutungen verknüpft, so daß eine einheitliche Definition unmöglich erscheint. Durch die Verwendung des Begriffes "Monopolkapitalismus" als politisch-ideologisches Schlagwort, erscheint der Ausdruck Monopol zusätzlich als ungeeignet für die Kennzeichnung eines politisch wertfreien gesetzlichen Tatbestandes.

Bei der Definition der marktbeherrschenden Stellung wie auch bei der des Monopols kommt es auf zwei Elemente an, die für beide gemeinsam sind. Zum einen gilt es den relevanten Markt abzugrenzen, und zum anderen muß eine Alleinstellung auf diesem Markt festgestellt werden. Die Erörterung dieser beiden Merkmale ist Gegenstand der verschiedenen Monopoltheorien, die aufzeigen sollen, wann ein Monopoltatbestand vorliegt. Auf diese Theorien wird deshalb auch noch einzugehen sein.

Was das erste Element anlangt, nämlich die Abgrenzung des relevanten Marktes, so kann auf oben bereits Dargelegtes verwiesen werden. Denn es besteht Einigkeit darüber, daß der Marktbegriff bei der Bestimmung des Marktanteils im Sinne des § 23 GWB derselbe ist wie jener bei der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 GWB ⁴¹⁾ und im Sinne der Fusionskontrolle, um die es hier geht. Diese Gleichbedeutung der Marktbegriffe ist auch schon deswegen erforderlich, weil der Marktanteil das Hauptindiz für eine marktbeherrschende Stellung bildet; und wenn ein gewisser Marktanteil vorliegt, wird eine marktbeherrschende Stellung von Gesetzes wegen vermutet. Eine unterschiedliche Marktdefinition erschiene somit als unlogisch.

⁴¹⁾ BKartA, WuW/E 425/427 v. 11.8.61 - Automarkt -, Günther, Der relevante Markt, 1960 S. 19; Bartholomeyczik, a.a.O., § 23 und 24 Anm. 11; Frankfurter Kommentar § 23 Tz. 70

Wenn man den relevanten Markt in diesem Sinne abgegrenzt hat, geht es um die Alleinstellung auf diesem Markt; § 22 GWB spricht vom Beherrschen des Marktes. Dies darf aber nicht in der Weise mißverstanden werden, daß bei dem betreffenden Unternehmen ein entsprechender Herrschaftswille in der Form eines subjektiven Tatbestandes vorhanden sein müsse. Ein solches Willensmoment ist nicht erforderlich; vielmehr kommt es nur darauf an, ob eine objektive Vorzugsstellung besteht, ob sich dem Unternehmer auf Grund seiner überragenden Marktstellung die Möglichkeit⁴²⁾ bietet, andere Marktpartner entgegen deren Willen zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen.⁴³⁾

b) "kein wesentlicher Wettbewerb"

Nach § 22, I GWB a.F. war ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es "ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist." Dabei ist die Feststellung, ob Wettbewerber vorhanden sind, einfach; aber die Frage zu beantworten, ob dieser Wettbewerb wesentlich ist, begegnet doch einigen Schwierigkeiten: Der Wettbewerb äußert sich nicht allein in der Gestaltung der Preise, sondern darüber hinaus auch in der Qualität, dem Kundendienst, den Geschäftsbedingungen, den Finanzierungsmethoden und in sonstigen Umständen, die für die Marktbeteiligten von Interesse sind. Der Wettbewerb ist verschieden, je nach Art des Gutes und den Gegebenheiten der Marktlage. Dabei ist es nicht entscheidend, auf welchem dieser Gebiete sich der Wettbewerb äußert; wesentlicher Wettbewerb herrscht vielmehr dann, wenn sich die Konkurrenten intensiv und mit Erfolgsaussichten bemühen.⁴⁴⁾ Hier ist es wichtig

42) Die Marktbeherrschung ist ein potentieller Begriff (WuW/E LG/AG 116, "AOK"); es ist nicht darauf abzustellen, wie das Monopol handelt, sondern wie es kraft seiner Macht handeln kann; so auch Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, § 22 Anm. 26

43) Die Feststellung der Marktbeherrschung ergeht ohne jeden moralischen Vorwurf gegenüber dem Marktbeherrscher. Insofern ist der Begriff der Marktbeherrschung wie bereits erwähnt glücklicher als der des Monopols. Denn dem Monopolisten haftet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch etwas Negatives, fast sittlich Verwerfliches an.

44) Vgl. Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, § 22, Anm. 21 ff.; Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 20 ff.; Bartholomeyczik in Gemeinschaftskommentar, § 22 Rdnr. 47

zu erkennen, daß der Preiswettbewerb keine Vorzugsstellung mehr hat gegenüber den übrigen Wettbewerbsformen.⁴⁵⁾ Schließlich darf man sich nicht auf eine Untersuchung des der Marktheerrschaft Verdächtigen beschränken; man muß vielmehr in diese Betrachtung die Konkurrenten und auch die Marktgegenseite mit einbeziehen.

Die Begriffsbestimmung der Marktheerrschaft, wie sie § 22 GWB a.F. vorsah, ist in ihrem Ansatz zweifelsfrei zutreffend; wie sich aber herausgestellt hat, macht die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals "wesentlicher Wettbewerb" im Einzelfall Schwierigkeiten. Das war für den Normzweck des § 22 GWB a.F. bisher nicht schädlich, wo es lediglich darum ging, ein mißbräuchliches Ausnutzen einer marktheerrschenden Stellung zu untersagen. Es ging um den relativ exakt nachprüfbaren, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, des Mißbrauchs einer Marktheerrschaft.

Wenn es aber darum geht, den Begriff der Marktheerrschaft als Eingriffskriterium der Fusionskontrolle heranzuziehen, muß dieser auf einen sehr viel schwierigeren Sachverhalt angewandt werden. In diesem Fall ist nämlich zu entscheiden, ob der zivilrechtliche Vorgang des Zusammenschlusses kausal zur Folge haben wird, daß zukünftig durch Veränderung der Marktverhältnisse eine Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten

⁴⁵⁾ Dies ist eine Erkenntnis, die in keiner Weise neu ist, aber dennoch immer wieder übersehen wird; so z.B. die Kritik von Rasch, Komm. § 22 Anm. 5 und 7. Vgl. ferner L. Abbot, Qualität und Wettbewerb; Brandt, MA 1958, 181 ff. (194); Chamberlain, MA 1958, 86 ff.; Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 24; ausführlich hierzu auch Gross und Meier, Größe und Größenstruktur der Unternehmen, FIW-Heft 19, S. 54 ff. mit w. Nachweisen. Sie führen aus, daß eine Verlagerung vom klassischen Preiswettbewerb auf die Qualität und vor allem auf den technischen Fortschritt stattgefunden hat. Dabei wird auf Küng verwiesen, der die Bedeutung der Fortschrittskonkurrenz hervorhebt, in der sich die Anstrengungen der einzelnen Produzenten darauf richten, "die anderen durch die Neuheit der eigenen Produkte, durch ihre bessere Zweck-eignung oder sonstige überlegene Qualität, aber auch durch gefälligere Aufmachung und geschicktere Reklame zu überbieten."

ist. ⁴⁶⁾ Für die Fusionskontrolle konnte deswegen die herkömmliche Legaldefinition der Marktbeherrschung i.S.d. § 22 GWB a.F. nicht mehr ausreichend sein.

Was die Gesetzesbestimmtheit selbst anlangt, so müssen einerseits die Tatbestandsvoraussetzungen gesetzlich präzisiert sein, andererseits werden ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe und Generalklauseln allgemein als unumgänglich angesehen. Es wird gefordert, daß die Tatbestandsmerkmale so formuliert sind, daß sie durch Auslegung eindeutig ermittelt werden können, und dadurch eine feste und zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung bilden. ⁴⁷⁾

Diesen Anforderungen versuchte der Gesetzgeber dadurch gerecht zu werden, daß er den Begriff: "Marktbeherrschung" konkretisierte. Er fügte der bereits vorhandenen Legaldefinition (" ... ohne wesentlichen Wettbewerb ...") einen zusätzlichen Tatbestand der Marktbeherrschung hinzu, so daß § 22 Abs. I GWB n.F. nun lautet: "Ein Unternehmen ist marktbeherrschend im Sinne des Gesetzes, soweit es ...

- 1) ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
- 2) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; ..." Die im RegE vom 19.5.71 sprachlich etwas umständliche Formulierung wurde insoweit verbessert, als nun die Alternative zwischen der Negativdefinition (Ziff. 1) und der Positivdefinition der Marktbeherrschung (Ziff. 2) klarer zum Ausdruck kommt. Des weiteren wurde eine widerlegbare Vermutung für eine Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von einem Drittel eingefügt.

46) Sölter, Fusionskontrolle - Für und Wider, S. 55, weist auf diese Unsicherheiten bei der Vorausbestimmung der Fusionsfolgen hin; selbst die Unternehmer würden häufig die Ergebnisse der Fusion nicht mit Sicherheit voraussagen können. Oft werde die ideale Fusionsformel $2 + 2 = 5$ nicht erreicht; statt dessen käme es lediglich zu dem Resultat: $2 + 2 = 3$. Zu diesen Rechnungen kann allerdings nur gesagt werden, daß die Eingriffskriterien der Fusionskontrolle bereits so hoch angesetzt sind, daß schon das Ergebnis "3" aus wettbewerbsrechtlicher Sicht (!) zuviel ist. Vgl. auch Rittner, Konzentrationskontrolle - aber wie, S. 717 f.

47) So Schönke-Schröder, Strafrechtskommentar, S. 56

Was den neuen Tatbestand der "überragenden Marktstellung" anlangt, so wurde dieser sogleich im Gesetz erläutert. Denn das bloße Hinzufügen dieses Tatbestandes wäre kaum ein Fortschritt gewesen, dies hätte lediglich die gesetzesanwendende Behörde mit der Bürde eines weiteren auslegungsbedürftigen Begriffes beladen.

Allerdings ist zu beachten, daß durch die Einführung des Tatbestandsmerkmals "überragende Marktstellung" das BKA nicht mehr gezwungen ist, einen Negativbeweis (Nichtexistenz von wesentlichem Wettbewerb) zu führen. Stattdessen wird der Sachverhalt eines nicht mehr wirksamen Wettbewerbs zusätzlich positiv umschrieben. Dieser positive Nachweis ist durch die Behörde leichter zu erbringen.

Die Marktstellung eines Unternehmens entspricht seinem wettbewerblichen Verhaltensspielraum. Dieser wiederum ergibt sich aus Vorsprüngen aller Art, die ein Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern haben kann. Durch Ausnützung dieser Vorsprünge gelangt das Unternehmen nicht nur zu einer gewissen Unabhängigkeit, sondern auch zu einem wettbewerbsschädlichen Einfluß auf den Marktprozeß. Diese Einflußmöglichkeiten eines Unternehmens müssen aber sehr beachtlich und dürfen nicht nur zeitlich begrenzt sein, um eine überragende Marktstellung zu begründen. Denn es liegt im Wesen des dynamischen Wettbewerbs, ⁵⁵⁾ daß sich kein Unternehmen darauf verlassen kann, eine einmal erworbene Marktstellung zu behalten und daß andere Unternehmen immer die Möglichkeit haben, durch nachstoßenden Wettbewerb ihren Verhaltensspielraum auszudehnen.

Davon ausgehend hat das GWB n.F. die "überragende Marktstellung" dadurch spezifiziert, daß derartige Vorsprünge beispielhaft aufgezählt werden: ⁵⁶⁾ "... hierbei sind außer seinem Marktanteil

55) Vgl. statt vieler: Frankfurter Kommentar, § 22 Tz. 1: "Marktbeherrschende Positionen sind jedoch ständig gefährdet, denn die technische und wirtschaftliche Entwicklung läßt immer wieder neue Wettbewerbschancen entstehen ... Der Tatbestand der Marktbeherrschung kann daher nicht statisch, sondern nur dynamisch gesehen werden ..."

56) Steindorff weist in seiner Kritik am RefE I, der diese Formulierung noch nicht enthielt, mit Recht darauf hin, daß die Kombination eines generellen Konzentrationsstatbestandes mit einer beispielhaften Aufzählung von Einzelfällen Gerichte, Verwaltung und Wissenschaft mehr herausfordert, über den Tatbestand der Konzentration und seine Kriterien nachzudenken Vgl. Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (829).

insbesondere seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen zu berücksichtigen." Indem man diese Marktmacht-Indikatoren berücksichtigt, spricht man von der Anwendung der sogenannten "Ressourcen-Theorie."

aa) Der Marktanteil:

Was die Berechnung des Marktanteils anlangt, so kann auf das oben unter D II. bereits Gesagte verwiesen werden. Jedoch soll noch einmal auf das Verhältnis von Marktanteil zur Mark beherrschung sowie zu den übrigen Indizien für eine über ragende Marktstellung kurz eingegangen werden: das brauchbarste Indiz für das Vorliegen von Marktbeherrschung (insbesondere bei horizontaler Konzentration) ist der Marktanteil. Das darf aber nicht zur alleinigen Berücksichtigung dieses Merkmals verleiten, da dies zu Mißdeutungen führen würde. 57) Vielmehr muß die Gesamtheit aller Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden. Das gilt umsomehr, je kleiner der Marktanteil ist. Bei einem Anteil von annähernd 30 % müssen noch besondere Umstände hinzukommen, um von Marktbeherrschung sprechen zu können. 58) Solche Umstände liegen vor, wenn das betreffende Unternehmen auf Grund besonderer Marktverhältnisse bestimmend durch Anforderung an Produktion, Warenabnahme und Preisgestaltung auf den Markt einwirken könnte. Dies kann sich aus einer Zersplitterung des übrigen Marktes in viele kleine Konkurrenten ergeben. 59)

Andererseits ist oben bereits darauf hingewiesen worden, daß bei Berechnung des Marktanteils auch potentielle Konkurrenz

57) In diesem Sinne werden auch im Jahresgutachten 1971 des Sachverständigenrates Bedenken angemeldet: es müsse verhindert werden, daß dem Marktanteil eine Priorität eingeräumt werde und der Marktanteil von 40 % im Vermutungstatbestand (jetzt 33 1/3 %, deshalb insoweit überholt) zu einer Art magischen Grenze werde. BT-Drucksache VI/2847, Ziff. 397.

58) Vgl. WuW/E LGAG 241, Heft 10/1965

59) Vgl. WuW/E LGAG 277 "Theaterplätze", wo schon ein Marktanteil von 25 % für überragend groß erklärt wurde, da die übrigen Marktteilnehmer einen verschwindend kleinen Marktanteil von jeweils nur einem Bruchteil von 1 % besaßen.

dann mit einbezogen werden muß, wenn eine hohe Aktualisierungs-Wahrscheinlichkeit besteht; auch wurde auf die zunehmende Bedeutung der Substitutionskonkurrenz als einer Folge des technischen Fortschritts aufmerksam gemacht.

Der Marktanteil bildet auch nur dann eine verlässliche Quelle zur Bestimmung der Marktbeherrschung, wenn er über einen längeren Zeitraum hinweg beobachtet wurde. Dies fordert das Prinzip des dynamischen Wettbewerbs: ein nur temporärer Vorsprung eines Unternehmens läßt keine zuverlässige Voraussage der zukünftigen Marktstruktur zu, solange die für wettbewerbliche Marktprozesse notwendige Chance zu einem Wechsel in der Führungsrolle vorhanden ist.

bb) Die Finanzkraft:

Die Finanzkraft umfaßt die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten durch Eigen- und Fremdfinanzierung. Der hierdurch gegebene Vorsprung kann sich in allen Tätigkeitsbereichen förderlich auswirken:

Es ist bekannt, daß Großkonzerne typischerweise Vorteile haben bei planmäßiger Forschung und Entwicklung und der weltweiten Auswertung der dabei gewonnenen Erkenntnisse. Auf Grund ihrer Finanzkraft können sie große Forscherteams jahrelang - und zuweilen ergebnislos - experimentieren lassen. Diese Konzerne sind in der Lage, ein weltweites Servicenetz auszubauen und so ihren Waren erheblich größere Absatzchancen verleihen. Durch aufwendige Werbekampagnen können sie auch auf einem gesättigten Markt neue Produkte - selbst über ausgedehnte "Durststrecken" hinweg - einführen. ⁶⁰⁾ Durch die Kreditverknappung müssen mittlere Unternehmen fürchten, durch

60) In diesem Sinne auch die Begründung der Villinger Familie Schwer dafür, daß sie 85 % ihrer Anteile an der Elektrofirma Saba an den US-Konzern General Telephone & Electronics verkauft hat; sie befürchtete, ihr Kapital werde auf die Dauer nicht ausreichen, um gegen die Giganten der Branche bestehen zu können, die teure Forschung und rationelle Großserienprodukte finanzieren können; "Spiegel" Nr. 6 vom 31.1.72, S. 31

die Großen, die stets Kredite bekommen, ⁶¹⁾ immer mehr vom Markt gedrängt zu werden. Aus diesen Gründen scheint es geboten, die Finanzkraft eines Unternehmens als Hilfskriterium für die Bestimmung seiner überragenden Markstellung heranzuziehen. Doch auch hier muß eine Gesamtschau der Unternehmens- und Marktsituation dafür sorgen, daß es zu keiner Fehlinterpretation kommt.

Wenn deswegen Sölter ⁶²⁾ das Hilfskriterium "Finanzkraft" rundweg ablehnt, mit dem Argument, "finanzkräftig statt finanzschwach zu sein, könne doch wohl keine Schande in der Marktwirtschaft sein", dann muß ihm erwidert werden, daß er eben diese Methode der Gesamtbetrachtung nicht berücksichtigt hat. Diese gesetzestechnisch notwendige Hilfskonstruktion besagt, daß unter einem gemeinsamen Oberbegriff eine Reihe von Indizien stehen, die nicht in ihrer Gesamtheit vorliegen müssen, um den Oberbegriff zu erfüllen, aber auch nicht für sich allein betrachtet aussagefähig genug sind, um eine Wettbewerbsbeschränkung zu begründen. ⁶³⁾ Vielmehr beabsichtigt der Gesetzgeber damit der gesetzesanwendenden Behörde das taugliche Werkzeug dafür an die Hand zu geben, daß der Begriff "marktbeherrschende Stellung" richtig ausgelegt wird.

61) Der Thyssen-Manager Ernst Wolf Mommsen bezeichnet dies als eine von mehreren Ursachen für die zunehmende Verkaufsbereitschaft mittlerer Unternehmen; "Spiegel" Nr. 6 vom 31.1.1972, S. 32; vgl. hierzu auch Hans Otto Lenel, Ursachen der Konzentration, 1968 S. 131 f., 137 f. und 140, der eine ganze Reihe von Gründen anführt, die dafür sprechen, daß größere Unternehmen leichter zu Krediten kommen als mittlere und kleine Betriebe.

62) A. Sölter, Leiter der Abteilung Wettbewerbsordnung im Bundesverband der Deutschen Industrie, in einem Interview in WRP 1972, 53 ff. Sölter lehnt in diesem Interview nahezu alle Eingriffskriterien ab, bekennt sich zugleich aber zur Notwendigkeit einer Fusionskontrolle. Was das Argument der Schande anlangt, so ist dazu bereits gesagt, daß es nicht Aufgabe der Fusionskontrolle sein kann, ein sittlich anstößiges Marktverhalten zu brandmarken; abgesehen davon, daß ein Unternehmer tatsächlich nicht sittenwidrig handelt, wenn er das Ziel verfolgt, finanzkräftig zu werden.

63) Vgl. zuletzt den Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages: "Der Ausschuß war übereinstimmend der Auffassung, daß die Kartellbehörde zwar in einer Gesamtschau bei ihrer Prüfung alle Merkmale berücksichtigen muß, es aber für die Annahme einer überragenden Markstellung ausreichen kann, wenn ein Merkmal in überragendem Maße vorhanden ist." BT-Drucksache 7/765, S. 5

Damit dient diese Methode auch den Betroffenen; denn die Gesetzesanwendung wird in ihrem Ergebnis auch für diese vorhersehbar; indem sie dem Erfordernis der Rechtssicherheit nachkommt, dient sie letztlich der Rechtsstaatlichkeit. ⁶⁴⁾

Durch die Verbindung von hohem Marktanteil mit Finanzkraft kann es zu einer überragenden Marktstellung kommen, die ohne die Finanzkraft nicht vorläge. Das gilt zum Beispiel für ein Unternehmen der Zuliefererindustrie, das nur dann in der Lage ist, seinen hohen Marktanteil wirksam abzusichern, wenn es über die dazu erforderliche Wirtschafts- und Finanzmacht verfügt. ⁶⁵⁾

cc) Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten:

Ein Unternehmen besitzt auch dann einen überragenden Verhaltensspielraum bei einzelnen Aktionsparametern, wenn sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten besonders günstig ist. Auf dieses Phänomen, das sich aus der Struktur der vertikalen Beziehungen von einzelnen Wirtschaftlern verschiedener Produktionsstufen ergibt, hat Arndt ⁶⁶⁾ besonders hingewiesen. Es sind dies in der Regel Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnisse, die entweder auf vertraglichen Vereinbarungen beruhen oder nur die Folge faktischer Beziehungen sind. Dabei ist es weder eine Voraussetzung, noch ist es üblich, daß das beherrschende Unternehmen ein Monopol oder eine marktbeherrschende Stellung besitzt.

64) Diese Methode hat meines Erachtens nicht die von Sölter a.a.O., S. 54 beschriebene, sondern die gegenteilige Wirkung: sie verhindert es erst, daß der Ämterwillkür Tür und Tor geöffnet wird.

65) Daß dies oft nicht der Fall ist, beweisen die immer häufiger werdenden Kooperationsabsprachen auch auf dieser Wirtschaftsstufe; für den Bereich der Autozulieferindustrie vgl. Süddeutsche Zeitung vom 6.3.72 Wirtschafts- teil, sowie den oben dargestellten Fall (8) Guest Keen/ Birfield. Dort sah die englische Monopolkommission keinen Verstoß gegen das öffentliche Interesse, weil dem 100%igen Monopol für Kardanwellen und - gelenke eine starke Gegenmacht in Gestalt der Automobilindustrie gegenüberstünde.

66) Helmut Arndt, Konzentration ohne Kontrolle, Kritik Bd. II, 1970 S. 38 f.

Arndt erwähnt Beispiele ⁶⁷⁾ für derartige faktische Abhängigkeitsverhältnisse, die dazu führen können, daß das auf seinen Abnehmer angewiesene Unternehmen gezwungen sein kann, "den Wert seiner eigenen Produkte niedriger als vorher anzusetzen (Ausbeutungsaktionsparameter)". Solch vertikale Abhängigkeitsverhältnisse finden sich häufig zwischen Warenhäusern und deren Zulieferern. Wegen seiner Stückkosten ist der Zulieferer auf ein gewisses Absatzminimum angewiesen. Verliert er seinen Hauptkunden, ist seine Existenz bedroht, denn angesichts der eingefahrenen Kunden-Lieferantenverhältnisse ist die Gewinnung neuer Kunden zeitraubend und mit zusätzlichen Kosten verbunden.

Auch Lenel ⁶⁸⁾ weist in seiner ausführlichen Untersuchung über die Ursachen der Konzentration auf die vorteilhaftere Marktstellung des vertikal integrierten Unternehmens hin, das sich seinen Zugang zu den Rohstoff- und Hilfsstoffmärkten verbessert und zugleich den seiner Konkurrenten verschlechtert, indem es versucht, diese Lieferanten sich anzugliedern. Demgegenüber habe "das einstufige Unternehmen mit ungünstigeren Preisen, bei mangelnder Beweglichkeit der Preise aber auch mit unzureichender Belieferung zu rechnen..."

Die Berücksichtigung dieser Ressourcen bei der Analyse der Marktstellung eines Unternehmens stellt ein echtes Novum im deutschen Kartellrecht dar. ⁶⁹⁾ Denn diese Abhängigkeitsverhältnisse konnten bisher vom GWB nicht erfasst werden, weil irgendeine Art formaler Wettbewerbsbeschränkung nicht vorlag.

-
- 67) Die Firma Tänzers Original Grudeofen-Fabrik GmbH., Hannover die in großem Umfang für die Firma Neckermann gearbeitet hatte, ging in Konkurs, nachdem sie diese als Kunden verlor; vgl. Arndt, a.a.O., S. 39
- 68) Hans Otto Lenel, Ursachen der Konzentration, 1968, S. 55ff.
- 69) Vgl. Arndt, a.a.O., S. 38, der die Nichtberücksichtigung dieses Phänomens im deutschen, aber auch im amerikanischen Kartellrecht rügt. Anders verhält es sich im englischen Recht.: Der oben dargestellte Fall (6) British Motor Corporation /Pressed Steel} zeigte, daß der Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten vom public interest-Begriff durchaus erfaßt wird. Dort wurde in einer vertikalen Integration eine Gefahr für den Wettbewerb und damit das öffentliche Interesse erkannt. Jedoch wurde in diesem Fall kein Verbot ausgesprochen; vielmehr versuchte man mittels vertraglicher Zusicherungen die Wettbewerbsbeschränkung zu kompensieren.

dd) Verflechtungen mit anderen Unternehmen:

Mit diesen Verflechtungen in der Wirtschaft ist ein Problem angesprochen, das von der gesamten interessierten Öffentlichkeit mit größter Aufmerksamkeit verfolgt wird. In diesem Zusammenhang wird auf Manager hingewiesen, die über ein ganzes Bündel von Aufsichtsrat-Mandaten verfügen, sowie auf die kompliziertesten Verschachtelungen und Mehrheitsbeteiligungen der Großkonzerne mit den Banken und Versicherungen. Salin ⁷⁰⁾, der diese Entwicklung aus sozial-ökonomischer Sicht beurteilt, spricht von einer "Faszisierung des Aktienwesens und der Manager."

In der Tat können in der deutschen Wirtschaft neben den Verbindungen die durch Kreditgewährung entstehen, auch kapitalmäßige Verflechtungen durch Anteilserwerb in beträchtlichem Ausmaß festgestellt werden. ⁷¹⁾ Und wo es an diesen Kapitalverbindungen fehlt (oder zusätzlich zu diesen) bestehen

70) Edgar Salin in Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS Bd. 22, S. 32 f. und S. 30, Fn. 17 stellt fest, daß durch die Aufsichtsrat- und Kreditverflechtungen zwischen den Großunternehmungen der Industrie und der Banken echte Machtpositionen entstehen. Diese "Oligarchie der Treuhänder" ist seiner Ansicht nach die adäquate Ordnungs-, Verwaltungs- und Herrschaftsform des Spätkapitalismus. Jedoch kann ihm nicht gefolgt werden wenn er behauptet, daß die Gefahr des Mißbrauchs solcher Machtstellungen nicht zu befürchten sei, da mit wachsender Größe einer Aktiengesellschaft ihre objektive Macht sich zwar vergrößere, die subjektive Macht jedoch um so geringer sei, und daß diese Objektivierung des Unternehmens die Möglichkeit des Machtmißbrauchs vermindere.

71) So ist die Siemens AG. mit der Deutschen Bank und der Bayerischen Vereinsbank, den Stahlkonzernen Thyssen, Mannesmann und Gutehoffnungshütte, der Metallgesellschaft, der Degussa, der Quandt-Gruppe (die ihrerseits mit der Automobilbranche eng verbunden ist) und vielen anderen Firmen "verknüpft". Die Chemie-Konzerne (Bayer, Hoechst und BASF) sind miteinander durch zahlreiche Tochterfirmen verbunden (Duisburger Kupferhütte). Mannesmann, Klöckner sowie die August Thyssen-Hütte sind über gemeinsame Töchter mit Hoechst verbunden, das wiederum zusammen mit Siemens eine Gemeinschafts-firma (Sigri Elektrographit) besitzt. Das sind nur einige wenige Beispiele aus der Vielzahl der bestehenden Kapital-Verflechtungen; vgl. hierzu die Übersicht in "Der Spiegel", Nr. 6 vom 31.1.72, S. 42

personelle Verflechtungen durch Aufsichtsrat-Mandate. 72)

Freilich kann hieraus nicht geschlossen werden, daß in jedem dieser Fälle wettbewerbsbeschränkende Verflechtungen vorliegen. Diese Feststellung bleibt - insbesondere bei den lediglich personellen Verbindungen über Aufsichtsrat-Mandate - in den jeweiligen Fällen einer genaueren Prüfung vorbehalten.

Dennoch erscheint es nur selbstverständlich, daß bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens, dessen Verflechtungen mit anderen Firmen berücksichtigt werden muß. Denn es ist denkbar, daß ein Unternehmen eine überragende Marktstellung besitzt, weil es als vertikal oder diagonal verflochtenes Unternehmen einstufigen Wettbewerbern gegenübersteht, und dies ohne einen überragend großen Marktanteil zu besitzen.⁷³⁾

Hier zeigt sich auch, daß die im Gesetz gewählten fünf Faktoren für eine überragende Marktstellung teilweise ineinander übergehen: Vertikale Verflechtungen können zu einem günstigeren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten führen; Verflechtungen auf derselben Wirtschaftsstufe bringen einen größeren Marktanteil; bei diagonalen Verflechtungen kann es zu einer Steigerung der Finanzkraft kommen. Dennoch ist das Kriterium "Verflechtungen" nicht weit genug, um alle die Möglichkeiten zu umreißen, die einem Marktteilnehmer überragende Ressourcen geben können. Obwohl die Kriterien einander ergänzen, bezeichnen sie jeweils für sich einen bestimmten Vorsprung des Wettbewerbers, der ihm einen überragenden Verhaltensspielraum zuweisen kann.

72) So ist die Robert Bosch GmbH. durch die Aufsichtsrats-Mandate ihres Geschäftsführers Hans Merkle mit der BASF, der Allianz, der Deutschen Bank und dem Stahlkonglomerat Otto Wolff verbunden. In dieser Weise sind auch die AEG mit der Flick-Gruppe, der Kaufhof mit Klöckner, Thyssen mit der Allianz-Versicherung und die Oetker-Gruppe mit Karstadt personell verflochten (vgl. "Der Spiegel", Nr. 6 vom 31.1.72, S. 45)

73) Diese Unternehmensverflechtungen werden auch in der englischen Konzentrationskontrolle berücksichtigt; vgl. General Observations on Mergers der Monopolkommission in Board of Trade, Mergers, guide to Board of Trade practice, London 1969, auszugsweise Übersetzung in Wuv 71, S. 114 ff.

ee) Rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen:

Ein weiteres wichtiges Kriterium sind die Marktzutritts-schranken. 74) Diese werden unter anderem bestimmt durch die optimale Unternehmensgröße im Verhältnis zur Gesamtnachfrage, durch technisches Wissen, aber auch durch rechtliche Barrieren wie Patentrechte und Lizenzvergaben. Gewerbliche Schutzrechte wie Patente und Gebrauchsmuster können die Monopolisierung fördern. Sie verleihen dem Anmelder nicht nur die Befugnis, ein bestimmtes Produkt ausschließlich herzustellen, sondern können diesem auch eine zeitweilige Vorzugsstellung auf dem Markt einräumen. Dennoch muß gesagt werden, daß die Bedeutung der Patente in diesem Zusammenhang nicht allzu groß ist. Nur selten wird ein Patentinhaber für längere Zeit zum wirtschaftlichen Monopolisten. 75)

Unter Marktzutrittsschranken versteht man aber auch den Zugang zu Rohstoffen und zu Kapital, sowie die Organisation der Absatzwege. Hier zeigt sich wieder, daß die vom Gesetz gewählten 5 Indizien ineinander übergehen. Der Zugang zu Rohstoffen und die Organisation der Absatzwege werden auch von dem Kriterium des Zugangs zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten erfasst. Der Zugang zum Kapital ist auch ein Fall von passiver Finanzkraft (durch Fremdfinanzierung).

Bei der Betrachtung der Marktzutrittsschranken zeigt sich noch ein weiteres, angesichts der Tatsache, daß es viele kleine und mittlere Unternehmen mit einem beachtlichen Marktanteil gibt. Dennoch reicht dies nicht aus, um diesen eine überragende Marktstellung zuzuschreiben. Hier gilt es vielmehr, die Marktzutrittsschranken zu untersuchen. Denn bei

74) Vgl. Kaysen, C. Turner, D., Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge (Mass.) 1959, S. 62 ff., zitiert bei Klaue, v. Lampe, Markert, Petry Reiniger, Zur Problematik der Fusionskontrolle, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 18, 1971, S. 29

75) Vgl. Möhring, GRUR 1955, S. 512

besonders niedrigen Schranken besteht die Gefahr, daß andere Unternehmen mit ähnlichen technischen Gegebenheiten und größerer Wirtschafts- und Finanzmacht in diesen Markt eindringen. Es muß also auch darauf abgestellt werden, wie groß die Fähigkeiten eines solchen Unternehmens sind, seinen Marktanteil gegenüber potentieller Konkurrenz zu verteidigen.

Die Berücksichtigung der Marktzutrittsschranken für andere Unternehmen im Rahmen des public interest Begriffs zeigt der Fall (7) British Insulated Callender's Cables/Pyrotenax sehr deutlich. Dort stellte die Monopolkommission eine Verstärkung der Marktzutrittsschranken als Folge der Fusion fest. Um diesem Nachteil für das öffentliche Interesse zu begegnen, mußte sich das konzentrierte Unternehmen u.a. verpflichten, zukünftig nicht zu Preisen anzubieten, die unter den Selbstkosten liegen, mit dem Ziel, Wettbewerber von dem gewinnträchtigen Spezialkabelmarkt zu verdrängen, und Lizenzen zur Herstellung des Spezialkabels zu den üblichen Bedingungen zu erteilen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Gesetz durch Anwendung dieser sogenannten Ressourcen-Theorie zu einer Gesamtbetrachtung aller für relevant gehaltenen Faktoren gelangt. Dies wäre gesetzestechnisch auch durch die Formulierung einer Generalklausel möglich gewesen. Dann allerdings hätten die hin und wieder vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken bezüglich Gesetzesbestimmtheit und damit Rechtsstaatlichkeit evtl. ihre Berechtigung gehabt. ⁷⁶⁾ Denn der gesetzessanwendenden Kartellbehörde hätte ein derart großer Beurteilungsspielraum zugestanden, daß dies bei den Betroffenen berechtigterweise ein Gefühl der Rechtsunsicherheit hervorrufen hätte. Auf Grund dieser Bedenken forderte Rittner ⁷⁷⁾

76) Vgl. oben D, III b) und Fn. 52 ff.

77) Rittner, Der Betrieb 1970, S. 719, (722). Um zu verhindern, daß "der Rechtsunsicherheit und Willkür Tür und Tor geöffnet" würden, schlägt er eine dem Bundeswirtschaftsminister erteilte "Eingriffsermächtigung" vor.

eine "konsequente Abkehr von dem regulären Normtyp des GWB." Aber durch die im Gesetz angewandte Methode der beispielhaften Konkretisierung sollten diese Bedenken eigentlich ausgeräumt sein.⁷⁸⁾ Die Gefahren, die in einer reinen Generalklausel liegen, wurden durch eine spezifizierte Aufzählung gemindert. Dem Erfordernis, daß Gesetze voraussehbar, vorausberechenbar und meßbar sein müssen, wurde - im Rahmen des hier Möglichen - Rechnung getragen.

Jedoch bleibt noch die Frage zu beantworten, ob es sich bei der hier angewandten Methode um eine abschließende Aufzählung handelt, oder um eine Anführung von Beispielen, die von der Kartellbehörde beliebig erweitert werden dürfen. Im RefE II wie auch im RegE vom 13.5.71 war die Aufzählung so abgefasst, daß man sie als abschließend interpretieren musste⁷⁹⁾. Dagegen wird im GWB n.F. die Kasuistik mit dem Adverb "insbesondere" eingeleitet. Dies läßt den Schluß zu, daß die vom Gesetz angeführten Subkriterien für eine überragende Marktstellung nur beispielhaft sind und von der Kartellbehörde durch weitere ergänzt werden können.

Bei einer nicht abschließenden Aufzählung könnten sich je nach wirtschaftspolitischen Standpunkt der gesetzessanwendenden Behörde sachfremde Gesichtspunkte einschleichen. In diese Richtung gehen teilweise auch die Bedenken, die mit dem bekannten "Dirigismusargument"⁸⁰⁾ angesprochen werden.

78) Zu diesem Ergebnis kommt auch R. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 100, 124

79) § 22, I, S. 2,2. HS dieses RegE lautet: "hierbei sind außer seinem Marktanteil, seine Finanzkraft ... sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen zu berücksichtigen."

80) Da dieses Dirigismusargument in älteren Abhandlungen einen größeren, in letzter Zeit aber immer geringeren Raum einnimmt, soll hier auf eine intensivere Erörterung verzichtet werden; vgl. hierzu u.a.: Sölter, Fusionskontrolle - Für und Wider, S. 59 ff.; Kartte, ebenda, S. 95 ff.; Sölter, WRP 1972, S. 53 ff. (57); derselbe in: Von der Wettbewerbswirtschaft zur Wettbewerbsbewirtschaftung Der Volkswirt, Heft 16, S. 51; Klaus etc., Zur Problematik der Fusionskontrolle, S. 21 f.; Rittner, Der Befrieb 1970, S. 669 und S. 674.

Gemeint sind die Befürchtungen vor allem der Industrie, daß mittels terminologischer Kunstgriffe beliebige Interventionen in das Marktgeschehen möglich würden.

Diesen Befürchtungen stehen jedoch Vorteile gegenüber, die zu überwiegen scheinen: Durch die beispielhafte Aufzählung wird das Eingriffskriterium "überragende Marktstellung" offen gehalten für zukünftige Entwicklungen und neue Erkenntnisse. Dies ist gerade wegen der Komplexität des Konzentrationsproblems und seiner noch in keiner Weise abgeschlossenen Beurteilung und Bewertung zu begrüßen. Dadurch werden - wie Steindorff meint ⁸¹⁾ - Gerichte, Verwaltung und Wissenschaft herausgefordert, über den Tatbestand der Konzentration und seine Kriterien nachzudenken. So erhebt die KNov gerade auch in diesem Punkt nicht den Anspruch eine abgeschlossene, unänderliche Norm zu sein, sondern versteht sich eher als ein Regelungsexperiment.

Insbesondere zeigt auch ein Vergleich mit der englischen Regelung, daß der deutsche Gesetzgeber gut daran tat, durch die nur beispielhafte Aufzählung den Konzentrationstatbestand offen zu halten. Auf diese Weise gewinnt man einen Teil jener Flexibilität zurück, auf die man - durch die Vermeidung eines unbestimmten Gemeinwohlbegriffs als Eingriffskriterium - verzichten mußte. So wie die englische Monopolkommission erst im Laufe der Jahre die einzelnen Subkriterien für das öffentliche Interesse herausarbeitete, wird auch das Bundeskartellamt erst bei der zukünftigen Handhabung des Gesetzes feststellen, ob die im Gesetz normierten fünf Indizien für die Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Marktmacht ausreichen.

c) Der Vermutungstatbestand

Das GWB n.F. stellt außerdem in § 22, III einen Vermutungstatbestand auf:

81) Betriebs-Berater 1970, S. 824 ff. (829)

"Es wird vermutet, daß

- 1) ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 ist, wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat; die Vermutung gilt nicht, wenn das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 250 Millionen DM hatte;
- 2) (betrifft den Vermutungstatbestand bei Oligopolunternehmen)."

Dieser Vermutungstatbestand wurde auf Anregung des Bundesrates gegenüber der alten Fassung im RegE in einem gesonderten Absatz zusammengefaßt. Dadurch soll klargestellt werden, daß im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung auch dann gegeben sein kann, wenn die Vermutungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Im übrigen wurde der Marktanteil der eine marktbeherrschende Stellung vermuten läßt von 40 % auf 33 1/3 % gesenkt und die Voraussetzung, daß die übrigen Marktteilnehmer einen Marktanteil von weniger als 10 % besitzen, fallengelassen. So setzt auch bei der englischen Konzentrationskontrolle die Vermutung einer Monopolstellung bei einem Marktanteil von einem Drittel ein. Mit der Senkung der Marktanteilsgrenze sollte eine Anpassung an die Regelungen anderer Länder erreicht werden.

Dieser Vermutungstatbestand stellt eine Ergänzung zu den Grundtatbeständen der Marktbeherrschung dar; er soll diese also nicht ersetzen, ⁸²⁾ sondern eine Anwendung der Absätze 1 und 2 des § 22 erleichtern. Dies geschieht dadurch, daß die Beweislast umgekehrt wird; das betreffende Unternehmen hat die Pflicht, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen.

Hiergegen sind von Leo ⁸³⁾ und Knöpfle ⁸⁴⁾ verfassungsmäßige Bedenken vorgebracht worden. Leo wendet ein, daß die Vermutungsregel zu unbestimmt sei und damit gegen die

82) Vgl. hierzu die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE (BT-Drucksache VI/2520, S. 40), sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung dazu (BT-Drucksache S. 44)

83) Leo, Marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen, WRP 1970, S. 197 ff.

84) Knöpfle, Zur Novellierung des § 22 GWB, Betriebs-Berater 1970, S. 717 ff. Leo und Knöpfle tragen ihre Bedenken zwar gegenüber dem Vermutungstatbestand des RefE I vor; diese Bedenken bleiben jedoch teilweise auch gegenüber dem GWB n.F. bestehen.

Prinzipien des Rechtsstaates verstoße. Er geht davon aus, daß diese zukünftigen GWB-Bestimmungen, an die hohe Bußgeld-drohungen geknüpft sind, so zu behandeln seien wie Strafdrohungen⁸⁵⁾. Auf dieses Argument muß hier nicht weiter eingegangen werden. Erstens richtet sich der Vorwurf Leo's gegen den Vermutungstatbestand des RefE I;⁸⁶⁾ der § 22 GWB n.F. hat eine neue Fassung bekommen, gegen die Leo seine Bedenken in dieser Form gewiß nicht mehr vorbringen könnte. Zweitens ist auf die Bestimmtheit der Eingriffsgrundlagen des § 22 GWB n.F. oben bereits ausführlich eingegangen worden. Dem Kriterium "Marktbeherrschung" ist ein zweiter Begriff "überragende Marktstellung" an die Seite gestellt worden. Dieser wiederum wurde in ausreichender Weise konkretisiert, indem durch die Aufzählung von 5 Indizien vorgeschrieben wird, welche Faktoren zu berücksichtigen sind. Diese Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes erleichtert demjenigen Unternehmen den Gegenbeweis, von dem vermutet wird, daß es eine marktbeherrschende Stellung innehat.

Die weiteren Vorwürfe von Leo und Knöpfle richten sich gegen die Vermutung als Mittel der Gesetzesteknik im vorliegenden Fall. Leo hält eine Vermutung zu Lasten des betroffenen Wirtschaftsunternehmens allenfalls dann mit den Rechtsstaatsprinzipien vereinbar, "wenn sie sich innerhalb der Grundsätze des Anscheinsbeweises halte oder empirisch unter Ausschluß jeden vernünftigen Zweifels abgesichert ist."⁸⁷⁾

85) vgl. oben: 2. Teil, D. III b); sowie unten: 3. Teil, I. 3

86) § 22, II RefE I lautete: "Als marktbeherrschend gelten auch mehrere Unternehmen, soweit zwischen ihnen ... allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht, und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen. Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen, wenn 1. drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens 60 vom Hundert haben, oder 2. sechs oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von mindestens 80 vom Hundert haben, wobei Marktanteile von weniger als 10 vom Hundert außer Betracht bleiben."

87) Leo, a.a.O., S. 201

Diese von Leo aufgestellten Anforderungen gehen zu weit: Der prima facie-Beweis hat seinen Platz bei der Beweiswürdigung im Zivilprozeß. Dort wird er auf die Feststellung von Verschulden und Kausalität beschränkt. Der Richter geht im Rahmen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO von einem Erfahrungssatz aus, der sich aus einem gleichmäßigen, sich immer wiederholenden Hergang ergibt (typischer Geschehensablauf). Für das förmliche Verwaltungsverfahren gem. §§ 22 ff. GWB n.F. gelten für die Vermutungen nicht die Grundsätze über die Beweisführung im Zivilprozeß. Demgegenüber hat das BVerfG für die verfolgende Verwaltungsbehörde gewisse Beweiserleichterungen kraft "tatsächlicher Vermutung" anerkannt. 88)

Solange die strafbewerte Zuwiderhandlung als solche gesetzlich bestimmt sei und im Wege der Amtsermittlung nachgewiesen werden müsse, könnten entsprechende Beweislasten noch verfassungsgemäß sein. Diesen Anforderungen vermag der Vermutungstatbestand des § 22, I GWB n.F. noch zu genügen. 89) So ist auch nach Auffassung des Rechts- und des Wirtschaftsausschusses⁹⁰⁾ der Vermutungstatbestand eher als "Aufgreiftatbestand" zu interpretieren. Liegen die Vermutungs-Voraussetzungen vor, so hat das Bundeskartellamt auf Grund der im förmlichen Verwaltungsverfahren geltenden Officialmaxime von Amts wegen allein von den Unternehmen substantiiert vorgebrachten Einwänden nachzugehen. Eine Verfügung der Kartellbehörde kann erst dann ergehen, wenn diese Gesamtprüfung ergibt, daß dem Marktanteil in Höhe des Vermutungstatbestandes keine Umstände gegenüberstehen, aus denen das Vorliegen "wesentlichen Wettbewerbs" oder das Fehlen einer "überragenden Marktstellung" folgt.

88) BVerfGE 9, 170 ff.

89) So auch Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 98 m.w.N., der allerdings zu Recht darauf hinweist, daß die Kartellbehörde mit der Verhängung von Bußgeldern nach mißlungenem Gegenbeweis außerordentlich vorsichtig zu sein habe (nach dem Grundsatz "in dubio pro reo").

90) Vgl. den Bericht des Wirtschaftsausschusses des BT vom 13.6.73 und die Stellungnahme des Rechtsausschusses des BT vom 25.5.73, BT-Drucksache 7/765, S. 6, 14

Gemäß dieser restriktiven Auslegung des Vermutungstatbestandes kann die Kartellbehörde erst dann von einer marktbeherrschenden Stellung ausgehen, wenn trotz Ausschöpfung aller Beweismittel die Frage der Marktbeherrschung ungeklärt bleibt. In diesen Fällen des "non liquet" trifft das betroffene Unternehmen die (materielle) Beweislast, sodaß dann im Zweifel von Marktbeherrschung auszugehen ist. Eine Änderung auch der Beweisführungslast (formeller Beweislast) enthält die Vermutung demnach nicht. 90 a)

Es ist im Vermutungstatbestand auch kein Verstoß gegen die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit zu sehen, solange die ausgesprochene Vermutung nicht gerade der Lebenserfahrung widerspricht. Knöpfle behauptet, daß die Vermutung, so wie sie in § 22 des RefE I formuliert ist, nicht der Realität des Wirtschaftslebens entspreche.⁹¹⁾ Ob dem zuzustimmen ist, mag dahingestellt bleiben; der Vermutungstatbestand wie er Gesetz geworden ist, geht dann von einer marktbeherrschenden Stellung aus, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Dabei ist die Vermutung durch eine sog. "Mittelstandsklausel" eingeschränkt. Diese soll sicherstellen, daß mittelständischen Unternehmen die "Widerlegung" der Vermutungen erspart bleibt. Das betreffende Unternehmen muß für diesen Fall im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr unterhalb der Umsatzgrenze von 250 Millionen DM gelegen haben.

Knöpfle hält die gesetzliche Vermutung des RefE I für verfassungswidrig, weil sie einen Verstoß gegen eine ausgewogene Mittel-Zweck-Relation beinhalte. Auch dieser Vorwurf kann der Vermutung des § 22 GWB n.F. nicht mehr gemacht werden. Da die Vermutung widerleglich ist, hat das betroffene Unternehmen die Möglichkeit des Gegenbeweises. Das Argument, dem Unternehmen sei die Widerlegung der Vermutung insofern erschwert, als ihm nicht die gleichen Beweismittel wie der Kartellbehörde zur Verfügung stünden, ist nicht durchschlagend. Was den eigenen Betrieb

90 a) Vgl. Röhling, Der Betrieb 1973, S. 1589; ebenso J. Baur, Betriebs-Berater 1973, S. 918

91) Knöpfle, a.a.O., S. 722 f. und oben der in Fn. 86 zitierte § 22, II RefE I

angeht, so sind die Unterlagen des Unternehmens naturgemäß exakter als jene der Kartellbehörde; so daß es ihm leichter fallen wird, das Fehlen von Marktbeherrschung nachzuweisen; und soweit es um die Unterlagen über Wettbewerber geht, kann es sich auf die von der Kartellbehörde gemachten Erhebungen stützen.

Rechtsstaatswidrig (weil gegen das Übermaßverbot verstoßend) wäre nur eine Regelung, die an die Stelle der widerleglichen die unwiderlegliche Vermutung gesetzt hätte, die bei Erreichen eines Marktanteils die Fiktion der Marktbeherrschung aufgestellt hätte. 92) Der Vorwurf, daß der Vermutungstatbestand gegen das verfassungsrechtliche Prinzip des Übermaßverbotes verstoße, ist auch aus einem weiteren Grund unberechtigt. Die Zusammenschlußkontrolle knüpft an den Begriff der marktbeherrschenden Stellung an, so wie er in § 22 verwendet wird (vgl. § 24, I GWB n.F.). Doch selbst wenn der Tatbestand der Marktbeherrschung i.S.d. § 22 - z.B. auf Grund der Vermutung - erfüllt sein sollte, ist die Kartellbehörde gezwungen, in Anwendung einer sog. "Abwägungsklausel" zu überprüfen, ob der Zusammenschluß die Wettbewerbsvoraussetzungen nicht in anderer Beziehung fördert. 93)

§ 24, I GWB n.F. formuliert diese Klausel folgendermaßen:

"Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, so hat die Kartellbehörde die in den folgenden Bestimmungen genannten Befugnisse, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, 94) daß durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen

92) So zu Recht Scholz, a.a.O., S. 95

93) Vgl. Die Kompetenzverteilung im Verfahren, Abschn. V, 4

94) Diese Neufassung stellt (anders als der RegE vom 19.5.71) klar, daß die Unternehmen selbst die Tatsachen darzulegen und ggfs. zu beweisen haben, die die Feststellung gerechtfertigt erscheinen lassen, die Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen überwiegen die Nachteile der Marktbeherrschung. Diese Beweislastumkehr wurde auf Anregung des Sachverständigenrates im Jahresgutachten 1971 eingeführt; vgl. BT-Drucksache VI/2847, Ziff. 400. Auf Grund der neuen Formulierung ist die Annahme gerechtfertigt, daß die betroffenen Unternehmen zur materiellen Beweislast außerdem die formelle Beweislast (Beweisführungslast) für etwa eintretende Verbesserungen zu tragen haben. Vgl. Röhling, DB 1973, S. 1590; ebenso J. Baur, BB 1973, S. 917, Fn. 27

der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen." 95)

Hierbei wurde insbesondere an zwei Fälle gedacht: 96)

Einmal kann ein Anteilserwerb bei dem erwerbenden Unternehmen zu einer Konzentration an Marktmacht führen, zugleich aber eine Dekonzentration beim Veräußerer zur Folge haben. Hier müsste eine Abwägung der Vor- und Nachteile unter Berücksichtigung der Marktstruktur, nicht der Vorteile der betroffenen Unternehmen, stattfinden. Zum anderen kann ein Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung auf einem relativ unbedeutenden Markt zur Folge haben, während er auf gesamtwirtschaftlich wichtigeren Märkten die Wettbewerbsvoraussetzungen positiv verändert. So erfährt der Vermutungstatbestand auch durch diese Ausnahmeregelung eine bedeutsame Einschränkung, die den Vorwurf des Übermaßverbotes unbegründet erscheinen läßt. 97)

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß der Vermutungstatbestand in der Fassung des § 22, III GWB n.F., interpretiert als "Aufgreiftatbestand", verbunden mit der Konkretisierung des Marktbeherrschungsbegriffs und unter Berücksichtigung der einschränkenden Abwägungsklausel des § 24, I GWB n.F. nicht zu beanstanden ist. Er wird im Gegenteil eine Verbesserung der Anwendungsmöglichkeiten der Fusionskontrolle mit sich bringen.

95) Im Unterschied zum RegE vom 19.5.71 genügt es nicht mehr, daß die Verbesserung die Nachteile der festgestellten Marktbeherrschung aufwiegen; sie müssen diese vielmehr überwiegen.

96) vgl. die Begründung der Bundesregierung zum RegE, BT-Drucksache VI/2520, S. 29

97) Zur Kompensation (unwiderleglicher) Vermutungen durch Ausnahmeregelungen vgl. Scholz, a.a.O., S. 95 f. sowie von Köhler, Der Betrieb 1973, S. 171, beide den Beschluß des BVerfG vom 23.3.71 über das Verbot jugendgefährdender Schriften zitierend (= NJW 1971, S. 1555 (1558)).

IV. Die Unternehmensgröße als quantitatives Kriterium, insbesondere bei konglomerater Konzentration

Wie oben bereits ausgeführt, sind die Erscheinungsformen und Wirkungen der Konzentration überaus komplex. Darin liegt die Ursache für die Schwierigkeiten, die sich bei der Normierung sachgerechter Eingriffskriterien ergaben. Im folgenden soll geprüft werden, welche Rolle die Unternehmensgröße als Anknüpfungspunkt für eine Konzentrationskontrolle in der verabschiedeten KNov spielt.

In diesem Zusammenhang ist vor allem eine besondere Erscheinungsform der Konzentration relevant, die konglomeraten Großunternehmen.⁹⁸⁾ Neben vertikalen Zusammenschlüssen sind es diese Konglomerate, die in neuerer Zeit in der Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik eine immer größere Rolle spielen.

98) Man spricht bekanntlich dann von konglomerater Konzentration, wenn sich Unternehmen zusammenschließen, die weder Wettbewerber (auf der gleichen Wirtschaftsstufe) waren, noch im Verhältnis: Lieferant - Abnehmer standen. Diese diagonalen Zusammenschlüsse, die eine "Diversifikation" zum Ziel haben (die Erweiterung der Unternehmenstätigkeit um eine neue Branche), werden in den USA als "conglomerates" bezeichnet. Vgl. Gutowski, Konglomerate Unternehmensgröße und wirtschaftliche Macht, S. 5 f.; Merger Guidelines der Antitrust-Abteilung des amerikanischen Justizministeriums vom 30.5.69, III. Abschnitt, S. 17 ff.; abgedruckt im Frankfurter Kommentar, Einl. Anhang A Tz 125; Mergers a guide to Board of Trade Practice, S. 43 ff., Rdnr. 11 ff. bringt nach einer Auseinandersetzung mit den amerikanischen Bedeutungen des Begriffs eine Arbeitsdefinition der englischen Monopolkommission. Eine Übersetzung dieser Allgemeinen Betrachtungen über Zusammenschlüsse findet sich in WuW 1971, S. 114 ff. Vgl. ferner: M. Borchert, Wettbewerbspolitische Kriterien von diversifizierten Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1970, S. 257 ff.; Sölter, Das Mischunternehmen in der Wettbewerbsordnung, in: Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration in nationaler und internationaler Sicht (Frankfurter Gespräche der List-Gesellschaft 1969) S. 153 ff.

Ausgehend von den USA, wo die seit der Jahrhundertwende vorwiegend horizontale Fusionswelle durch eine Phase vertikaler und konglomerater Konzentration abgelöst wurde, ⁹⁹⁾ hat diese Entwicklung auch in der BRD in jüngster Zeit zu einer beträchtlichen Zahl von Mischkonzernen geführt. ¹⁰⁰⁾

99) Vgl. Gutowski a.a.O. S. 3 f. mit Fn. 1

100) Vgl. Gutowski a.a.O., S. 4 m.w.N. in Fn. 2; Sölter vertritt sogar die Ansicht, daß Diversifikation und Konglomerierung künftig für unsere Unternehmensstruktur bestimmend sein würden. Er zitiert hierzu den Präsidenten der amerikanischen Textron Comp., Miller: "Ich bin überzeugt davon, daß unsere Unternehmensform typisch für das 21. Jahrhundert sein wird, da Kapital und Menschen bei ihr am besten eingesetzt werden können und da sie am schnellsten auf neue Gelegenheiten zu reagieren vermag;" in Das konglomerate Puzzle, International Business Digest, Sept. 1969, S. 20, zitiert bei Sölter, Fusionskontrolle Für und Wider, S. 58

Die Auswirkungen von Konglomeraten sind zunächst wettbewerblicher Natur: 101) Nach der sog. Wealth-Theorie 102) erhalten Unternehmen durch die Verschmelzung mit solchen anderer Märkte eine stärkere Marktstellung. Durch die Macht des "Deep Pocket" oder der "reichen Eltern" haben diese Konglomerate die Möglichkeit, Ressourcen willkürlich von dem einen Markt in den anderen transferieren zu können. Dazu kommt, daß durch Aufkäufe von Firmen in einer Branche Märkte derart konzentriert werden können oder einzelne Firmen eine solche Macht erhalten, daß potentielle Konkurrenten davor zurückschrecken, diese Märkte zu betreten.

Daneben ist allgemein bekannt, daß Konglomerate ab einer gewissen Größenordnung ein gesellschaftspolitisches Problem darstellen. 103) Auf die Feststellung von Krüger 104) wurde bereits hingewiesen, daß Groß- und Monopolunternehmen längst die Dimension "öffentlicher Bedeutung" erreicht haben. Diese Entwicklung hat zur Folge, daß Leistung und Leistungsfähigkeit dieser Großkonzerne Gegenstände von höchster staatlicher und öffentlicher Bedeutung sind. 105)

101) Vgl. Gutowski: a.a.O. 1971; Huppert, WuW 1971, S. 464

102) Vgl. hierzu im einzelnen: Borchert, WuW 1970, S. 257 ff.

103) W. Friedmann, Law in a changing society, 2. Aufl. 1972, S. 333. Friedmann stellt diese Entwicklung unter dem Eindruck der amerikanischen Verhältnisse nicht nur für Großunternehmen, sondern auch für die organisierte Arbeitnehmerschaft fest: "The corporate organizations of business and labour have long ceased to be a private phenomenon. That they have a direct and decisive impact on the social, economic and political life of the nation is no longer a matter of argument."

104) H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 410 ff.

105) Dies zeigt sich z.B. auch darin, daß Unternehmen ab einer gewissen Größenordnung de facto konkursunfähig geworden sind; die Allgemeinheit wird immer versuchen, ein großes Unternehmen zu retten. Vgl. H. Krüger, a.a.O., S. 436 J. Plafmann, WuW 1970, S. 779 ff. (787) stellt fest, daß demnach diese Unternehmen eigentlich nur noch das Gewinnrisiko tragen, während die Verlustgefahr letztlich auf die Allgemeinheit abgewälzt, also sozialisiert wird.

Fragt man nun nach den Kriterien für die Verhinderung des Entstehens übermäßiger wirtschaftlicher Macht in Form von konglomeraten Konzernen, so bietet sich in erster Linie die absolute Unternehmensgröße an. Denn in der Tat gibt die Größe des Marktanteils eines Konglomerates oder vertikal konzentrierten Unternehmens nicht notwendigerweise ein zutreffendes Bild über dessen wirtschaftliche Macht. Gleiches gilt für den herkömmlichen Begriff der Marktbeherrschung. 106)

Der RefE I hatte versucht, eine Häufung marktstarker Positionen dadurch zu verhindern, daß "die Beseitigung der Voraussetzungen für einen wesentlichen Wettbewerb auf andere Weise" untersagt werden konnte. Dieses Kriterium wurde im Verlauf der Vorbereitungsarbeiten für den Regierungsentwurf wieder fallengelassen. Es war in dieser Unbestimmtheit wohl auch ungeeignet.

Der RefE II, wie auch der RegE wollten vertikale und diagonale Zusammenschlüsse dadurch erfassen, daß sie - in Anwendung der sogenannten Ressourcen-Theorie - das Kriterium "überragende Marktstellung" einführen und dieses durch die oben beschriebenen 5 Indizien konkretisieren. Diese Methode hat den Vorteil, daß die Kartellbehörde vom engen Begriff der "Marktbeherrschung" etwas losgelöst ist und zusätzlich die Verhältnisse auf anderen Märkten und Wirtschaftsstufen berücksichtigen kann. Der zweite Vorteil besteht darin, daß machtorientierte Kriterien wie die Finanzkraft und unter Umständen die Marktzutrittsschranken in die Prüfung mit einbezogen werden können.

106) Sölter vertritt die Ansicht, daß bei der konglomeraten Konzentration eine am Wettbewerbsbegriff orientierte Fusionskontrolle "vollkommen in die Sackgasse gerate." Sölter in Fusionskontrolle - Für und Wider, S. 57; kein Fusionskontrolleur - so meint er - könne feststellen, "ob die Übernahme etwa einer Reederei durch einen Hersteller von Puddingpulver den Wettbewerb beschränkt oder nicht." Auch Kartte gibt zu, daß es bei diagonalen Zusammenschlüssen fast unmöglich ist, "mit dem auf horizontale Zusammenschlüsse zugeschnittenen Merkmal Marktbeherrschung zu arbeiten." Vgl. W. Kartte in Fusionskontrolle - Für und Wider, S. 107.

Fraglich ist, ob die absolute Unternehmensgröße, gemessen an Umsatz und Beschäftigtenzahl ein taugliches Kriterium für eine Konzentrationskontrolle darstellt. In diese Richtung zielen die Vorschläge von Raisch und anderen Autoren, ¹⁰⁷⁾ sowie der RefE I, der in § 24, I Nr. 2 die absolute Größe eines Unternehmens, verbunden mit einem gewissen Marktanteil zu einem Eingriffskriterium machte. ¹⁰⁸⁾ Diesen Vorschlägen wurde allerdings in der verabschiedeten KNov keine Rechnung getragen. Stattdessen ist die absolute Unternehmensgröße im GWB n.F. nur in die sogenannten "Toleranzklauseln" aufgenommen worden. ¹⁰⁹⁾ Das heißt, sie stellen einen unteren Schwellenwert dar, unter dem ein Eingriff nicht stattfindet. Ansonsten spielt die Unternehmensgröße nur noch eine Rolle bei den Aufgreifkriterien für eine vorbeugende Fusionskontrolle. ¹¹⁰⁾

-
- 107) Raisch in Fusionskontrolle - Für und Wider, Alternativentwurf zum Referentenentwurf, S. 39, 41 und S. 28 m.w.N.; Klaue etc., Zur Problematik der Fusionskontrolle, S. 30; sie führen aus: "Ist das konglomerate Unternehmen sehr groß und der fusionswillige Partner eines der bedeutendsten Unternehmen auf seinem Markt, so sind die Gefahren für eine Erstarrung des Wettbewerbs erheblich." Kantzenbach, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 140: "Der theoretische Streit darüber, daß die absolute Unternehmensgröße für sich allein noch nichts über die Wettbewerbsverhältnisse aussagt, ist mittlerweile ausgefochten. Dennoch wird zugegeben, daß die Unternehmensgröße - verbunden mit anderen Kriterien - sehr wohl auch über die Wettbewerbs-situation aussagefähig sein kann."
- 108) § 24, I Nr. 2 RefE I erlaubt die Auflösung eines Zusammenschlusses ... "wenn ein beteiligtes Unternehmen zu einem Zeitpunkt innerhalb der letzten 12 Monate vor dem Zusammenschluß mindestens 10 000 Beschäftigte oder in dem letzten vor dem Zusammenschluß endenden Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mindestens 1 Milliarde DM hatte und ..." ein Marktanteil von mindestens 40 % erreicht wird oder schon gegeben ist.
- 109) Vgl. § 24, VIII GWB n.F. Danach soll eine Fusionskontrolle nicht eingreifen, wenn:
- a) die beteiligten Unternehmen insgesamt weniger als 500 Millionen DM Jahresumsatz hatten, (im RegE vom 19.5.71 lag die Grenze noch bei 1 Milliarde DM)
 - b) eines der fusionswilligen Unternehmen nicht mehr als 50 Millionen DM Jahresumsatz hatte, sowie noch unter zwei weiteren Voraussetzungen.
- 110) Gem. § 24 a, I S. 2 GWB n.F. ist ein Zusammenschlußvorhaben anzumelden, wenn mindestens zwei der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils einer Milliarde DM oder mehr hatten.

Die Schwäche des Kriteriums einer quantitativ zu bestimmenden absoluten Unternehmensgröße besteht darin, daß es keine wissenschaftlich einwandfrei zu bestimmende und empirisch nachprüfbare Grenze gibt (und wohl auch nicht geben kann), von der ab ein weiteres externes Unternehmenswachstum schädlich ist. Jeder Grenzziehung würde deswegen etwas Willkürliches anhaften. Wegen dieser Bedenken könnte man höchstens daran denken, im Rahmen einer Beweislastumkehr die absolute Unternehmensgröße in einem Vermutungstatbestand aufzunehmen. Dabei hätte dann z.B. der fusionswillige Mischkonzern nachzuweisen, daß er auf allen Märkten auf denen er tätig ist, wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist, oder daß überragende Gründe des Gemeinwohls für den Zusammenschluß sprechen.

Indessen wäre eine derartige Regelung angesichts des derzeitigen Reifegrades ¹¹¹⁾ des rechtspolitischen Problems der ökonomischen Konzentration unangemessen perfektionistisch. Es kann - auch nicht in der Form einer bloßen Vermutung - keine absolute Unternehmensgröße angegeben werden, von der ab ein Zusammenschluß eine Störung der marktwirtschaftlichen Ordnung darstellen würde. Vielmehr wird man sich derzeit darauf beschränken müssen (wie dies das GWB n.F. tut), die absolute Unternehmensgröße lediglich als Anlaß für eine vorherige Anzeigepflicht eines Zusammenschlußvorhabens zu nehmen, um so Konzentrationsvorgänge zwischen Unternehmen dieser besonderen Größenordnung rechtzeitig der Kartellbehörde zur Kenntnis zu bringen. Damit löst die absolute Unternehmensgröße Informationspflichten der Unternehmen, aber keine Eingriffsrechte der Kartellbehörde aus.

Die absolute Unternehmensgröße findet auch im englischen Recht bei Abwägung der Vor- und Nachteile keine Verwendung als Subkriterium des public interest-Begriffs. Wie der Fall der Bankenfusion zeigt, wird das Erreichen einer gewissen

111) Vgl. hierzu vor allem Rittner, DB 1970, S. 669, 717 ff.

Größenordnung als solcher nicht als Vorteil anerkannt. Dort wurde der von den fusionswilligen Banken vorgetragene Vorteil der Entstehung einer Großbank als für das öffentliche Interesse unbedeutend zurückgewiesen.¹¹²⁾ Aber auch als nachteilhaft für das öffentliche Interesse wegen der entstandenen Unternehmensgröße als solcher konnte die Monopolkommission bisher noch keine Konzentrationsvorgänge ermitteln. Dies stellte sie 1969 aus Anlaß der Kontrolle der beiden ersten konglomeraten Konzentrationsvorgänge¹¹³⁾ in ihren allgemeinen Betrachtungen über Zusammenschlüsse fest.

Die Erfassung konglomerater Konzentrationsvorgänge bleibt somit beschränkt auf die überragende Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Konkurrenten und damit insbesondere auf die im Gesetz aufgezählten fünf Indizien. In diesem Zusammenhang dürften die Finanzkraft, die Verflechtungen und die Marktzutrittsschranken die ausschlaggebenden Subkriterien sein. Dem Bundeskartellamt wird der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung dadurch erleichtert, daß das Gesetz zwar die Prüfung aller Kriterien vorschreibt, aber eines von ihnen bereits ausreichen läßt um den gesetzlichen Eingriffstatbestand zu erfüllen. Die Erfahrungen, die das Bundeskartellamt mit dem GWB n.F. machen wird, werden zeigen, ob die normierten Eingriffskriterien auch hinsichtlich konglomerater Zusammenschlüsse zu sachgerechten Lösungen führen, oder ob bezüglich dieser Konzentrationsform die Unternehmensgröße in Zukunft doch noch als Eingriffskriterium verwendet werden wird.

112) Vgl. oben den Report (12) Barclays Bank/Lloyds-Bank/Martins Bank mit Fußnoten 67 und 71.

113) Hierin heißt es: "Es gibt keinen Grund für die Annahme, daß die Aktivität auf dem Gebiet von Zusammenschlüssen bisher zum Wachstum von Unternehmen geführt hat, deren absolute Größe derart ist, daß sich daraus wichtige Fragen für das öffentliche Interesse ergeben." General Observations on Mergers, Ziff. 35, abgedruckt und übersetzt in WuW 71, S. 114 ff.

E. Die Kompetenzverteilung im Verfahren

I. Allgemeines:

Auf die gesetzestechische Problematik, die die Einführung einer Konzentrationskontrolle beinhaltet, wurde eingangs bereits eingegangen. Die Ambivalenz der Konzentration in der Wirtschaft fordert eine gesetzliche Regelung, die der Komplexität des Sachverhaltes angemessen ist. Die Schwierigkeit dieser Aufgabe dokumentierte sich nicht nur in der Suche nach adäquaten Eingriffskriterien sondern machte auch Fragen der Kompetenzverteilung zu den umstrittenen Punkten der Diskussion um die Kartellrechtsnovelle ¹⁾.

Eine Reihe von Autoren machte zu Recht auf die Möglichkeit und Notwendigkeit aufmerksam, ein Manko an Bestimmtheit der materiellrechtlichen Norm durch ein Mehr an verfahrensrechtlichen Garantien auszugleichen. ²⁾ "Legitimation durch Verfahren" bedeutet nach Luhmann ³⁾ ein bewährtes System, dem Mangel an Konkretisierbarkeit einer materiellrechtlichen Norm zu begegnen. Die verfassungsrechtliche Grundlage für diese Gesetzestchnik bildet wohl das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20, III GG. ⁴⁾ Nach anderer Ansicht kommt hierfür die Rechtsschutzgarantie des Art. 19, IV GG in Frage. ⁵⁾ Besondere Aufmerksamkeit widmet Steindorff in diesem Zusammenhang der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 103, I GG) ⁶⁾ wobei er diese aber nicht ausdrücklich zur verfassungserrechtlichen Grundlage dieser Gesetzestchnik erklärt. Da die Beantwortung der Frage nach der sedes materiae hier nicht von Bedeutung ist, soll nicht weiter darauf eingegangen werden.

1) Vgl. Kartte, Fusionskontrolle, S. 106

2) So Rittner, Konzentrationskontrolle, Der Betrieb 1970, S. 669 ff. und 717 ff. (719); Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (829) m.w.N.; Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 100 ff. m.w.N.; Ralsch, Fusionskontrolle, S. 32; Kartte, ebenda, S. 112

3) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969

4) So auch Scholz, a.a.O., S. 100 f.

5) Vgl. Lerche, ZZP 78, 1 (25 ff.)

6) Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (829 f.)

Für die Kompetenzverteilung bieten sich drei verschiedene Institutionen an: die politische des Bundeswirtschaftsministers, die verwaltende des Bundeskartellamtes und die gutachtlich-analysierende einer neu zu gründenden Monopolkommission. Alle drei Institutionen können theoretisch zusammen oder es können nur eine oder zwei davon mit der Konzentrationskontrolle beauftragt werden.

Der englische Monopolies and Mergers Act zeigt, daß sich auch für das Kontrollverfahren eine Dreiteilung anbietet: Im ersten Abschnitt geht es nur um das Aufgreifen eines Fusionsvorhabens; dem folgt der zweite Abschnitt, wobei eine eingehende Begutachtung des Konzentrationsvorganges vorgenommen wird; falls erforderlich, kommt es zum dritten Abschnitt, den Eingriffsmaßnahmen, die entweder aus einem Zusammenschlußverbot oder aus Abhilfemaßnahmen bestehen können. Die drei Phasen des Verfahrens sind damit stichwortartig: Initiative, Analyse und Sachentscheidung.

Im folgenden soll gezeigt werden, wie die Kompetenzen zur Initiative, Analyse und Sachentscheidung auf die drei Institutionen Bundeswirtschaftsminister, Bundeskartellamt und Monopolkommission verteilt sind. Ferner wird auf die Modifikation der Verfahrensregeln vom RefE I über den RefE II zur verabschiedeten KNov eingegangen. Schließlich soll die deutsche Lösung im Lichte der Erfahrungen, die die Briten mit ihrem Kontrollverfahren gemacht haben, gesehen werden.

II. Die Kompetenzen des Bundeskartellamtes:

Die Voranstellung des Bundeskartellamtes (= BKA) vor den Bundeswirtschaftsminister (= BW) soll zeigen, daß nach dem neuen GWB hier die eigentlichen Kontrollkompetenzen zu finden sind. Das war nicht von Anfang an so. Im RefE I war die Stellung des BKA äußerst schwach. Nach § 24, II stand ihm lediglich ein Initiativrecht zu.⁷⁾ Über das Aufgreifen eines

⁷⁾ § 24, II RefE I: "Die Kartellbehörde legt die Sache mit ihrer Stellungnahme dem Bundesminister für Wirtschaft vor, wenn sie eine Anordnung nach Abs. 1 für erforderlich hält."

Fusionsvorhabens hinaus sollte es weder an der Analyse noch an der Entscheidung beteiligt sein. Dieses Vorhaben, wonach alle Kompetenzen dem Minister gegeben wurden, der durch die gutachtliche Stellungnahme einer Monopolkommission beraten werden sollte, stieß auf harte Kritik. Dieser bewußt politischen Lösung lag offensichtlich das britische Vorbild zugrunde. Nach dem Monopolies and Mergers Act hat der Minister die eigentliche Entscheidung zu treffen, ob in ein Zusammenschlußvorhaben eingegriffen wird. Allerdings ist diese Entscheidung nach englischem Recht vom Urteil der Monopolkommission getragen. Damit erfolgt wenigstens für den Fall, daß diese einen Verstoß gegen das öffentliche Interesse verneint, eine Bindung der ministeriellen Entscheidungsbefugnis. Demgegenüber sah der RefE I lediglich eine unterstützende Stellungnahme der Monopolkommission vor. Es bestand die begründete Gefahr, daß - je nach den wettbewerbspolitischen Vorstellungen des Ministers - die von dem Gesetz betroffenen Unternehmen einem permanenten Interventionsrecht des BWM ausgesetzt gewesen wären.

Im RefE II wurden daraufhin die Rechte des BKA erweitert. Die Behörde sollte nun (zur Initiative zusätzlich) auch die Analyse des Sachverhaltes vornehmen.⁸⁾ Die Befugnis zur Sachentscheidung wurde ihr bewußt vorenthalten. Sie sollte den Zustand der Wettbewerbsbeschränkung lediglich feststellen, wobei ihr der Tatbestand der marktbeherrschenden Stellung als Kriterium diene. Über diese mehr "technische" Untersuchung hinaus war dem BKA eine allgemein-wirtschaftspolitische Bewertung des Zusammenschlusses verwehrt.

In der vom Parlament verabschiedeten KNov schließlich wurden die Kompetenzen des BKA erneut erweitert. Zu den bereits erwähnten Befugnissen besitzt das Amt nun auch die Entscheidungsgewalt. Initiative, Analyse und Sachentscheidung sind also auf

8) § 24, I RefE II: "Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, so hat die Kartellbehörde die ... folgenden Befugnisse ..." Abs. 2: "Liegen die Voraussetzungen des Abs. 1 vor, so stellt dies das BKA fest..."

ein Organ konzentriert. 9) Als Kriterium für die Entscheidung dient neben dem Tatbestand der marktbeherrschenden Stellung eine allgemeine Bewertung der Wettbewerbssituation. Aus der politischen Entscheidung im Rahmen einer Konzentrationskontrolle, die man glaubte deswegen auch einem politischen Organ zusprechen zu müssen, 10) wurde die Entscheidung eines Verwaltungsorgans. Allerdings beläßt man darüber hinaus eine politische Entscheidung nach wie vor dem Wirtschaftsminister, der zum Zwecke einer Ausnahmeerlaubnis angerufen werden kann.

III. Die Kompetenzen des Bundesministers für Wirtschaft:

Im RefE I sollte der BMW wie bereits gesagt die eigentliche Entscheidungsgewalt besitzen. Er sollte den Konzentrationsvorgang überprüfen und falls erforderlich eine Sachentscheidung treffen. Dabei hatte das BKA zwar ein Initiativrecht, dennoch war es zweifelhaft, ob der Minister nur auf dessen Initiative tätig werden durfte. 11) Von der Pflicht zur Auflösungsanordnung war der BMW entbunden, wenn sich durch die Konzentration die Wettbewerbssituation auf anderen Märkten verbesserte oder wenn die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen ohne den Zusammenschluß auf ausländischen Märkten gefährdet wäre. 12)

9) § 24, I GWB n.F. lautet: "Ist zu erwarten, daß durch einen Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, so hat die Kartellbehörde die in den folgenden Bestimmungen genannten Befugnisse, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, daß durch den Zusammenschluß auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und daß diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen." Abs. 2: "Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 1 vor, so untersagt das BKA den Zusammenschluß ..."

10) Vgl. u.a. Kartte, Fusionskontrolle, S. 104: "Für den Referentenentwurf wurde nach langen internen Diskussionen die politische Lösung gewählt ... Die Fusionskontrolle soll unter Berücksichtigung der gesamten wirtschaftspolitischen Palette, nicht nur unter den engeren wettbewerbsrechtlichen Aspekten getroffen werden."

Diese umfassenden Befugnisse des BMW wurden im RefE II zugunsten des BKA beschränkt. Unternehmenszusammenschlüsse sind hiernach grundsätzlich zulässig, solange das BKA keine marktbeherrschende Stellung festgestellt hat. In diesem Fall dürfen die Unternehmen den Zusammenschluß nur vollziehen, wenn der BMW hierzu die Erlaubnis erteilt hat. Dieser trifft seine Entscheidung auf Grund einer Abwägung von Wettbewerbsbeschränkung einerseits und Gründender Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls andererseits.¹³⁾ Obwohl es sich dabei gesetzestechnisch um eine Ausnahmeerlaubnis handelt, wird man sagen können, daß die eigentliche Sachentscheidung beim BMW lag, denn das BKA hatte nur eine "Feststellungsbefugnis".

Im GWBn.F. ging man in der Beschränkung der Ministerkompetenzen zugunsten des BKA noch einen Schritt weiter. Die Sachentscheidung wurde aufgespalten in einen wettbewerblichen und einen staats-, wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Teil. Der BMW wird nur über den Weg einer Ausnahmeerlaubnis tätig, nachdem das BKA eigenverantwortlich eine Untersagung ausgesprochen hat. Dabei soll der Minister eine an politischen Gesichtspunkten der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls orientierte Entscheidung treffen, wobei die gesamtwirtschaftlichen Aspekte, die wettbewerblicher Natur sind, dem BKA vorbehalten sind.¹⁴⁾

11) § 24, I RefE I: "In den Fällen des § 23 ordnet der BMW die Auflösung des Zusammenschlusses oder andere Maßnahmen an, ... 1. wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht... oder..."

12) Vgl. § 24, I S. 2 RefE I

13) § 24, III RefE II: "Der BMW erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu dem Zusammenschluß, wenn dieser ausnahmsweise aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird."

14) § 24, II GWBn.E: "Der BMW erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu dem Zusammenschluß, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird..."

IV. Die Kompetenzen der Monopolkommission:

Ursprünglich war die Monopolkommission (=MK) dazu bestimmt, als unabhängiges Organ der politischen Gesamtentscheidung des BWM vorgeschaltet zu werden. Bei der Einführung einer solchen Kommission, die bereits in der Regierungserklärung zu Beginn der 6. Legislaturperiode angekündigt worden ist,¹⁵⁾ hatte der Bundesregierung offensichtlich die britische MK vorgeschwebt. So sollte im RefE I die Kommission zur Unterstützung des BWM bei dessen Analyse des Zusammenschlußvorhabens gutachtlich tätig sein.¹⁶⁾ Allerdings unterschied sich ihre Rolle von der der englischen MK nicht unerheblich. Die deutsche MK sollte in ihrem Gutachten nur gesamtwirtschaftliche Ausführungen machen, statt an Hand der Eingriffskriterien (die dem Minister vorbehalten waren) den Zusammenschluß zu prüfen. Auch konnte die MK den Minister mit ihrer Entscheidung (wenigstens bei einem Positivurteil) nicht binden. Das Gutachten der MK sollte sich auf die Analyse des Konzentrationsvorganges beschränken; die Empfehlung konkreter Abhilfemaßnahmen im Rahmen einer Sachentscheidung war ihr -anders als im englischen Recht- nicht möglich.

Während die MK im RefE I noch an der Einzelfallanalyse beteiligt war, wurde ihr diese Funktion im RefE II genommen. Stattdessen sollte sie die Aufgabe erhalten, alle zwei Jahre in einem Allgemeingutachten die Konzentrationsentwicklung und die Konzentrationspolitik des BWM und des BKA^{zu} beurteilen.¹⁷⁾ Durch die Herausnahme der MK aus dem eigentlichen Kontrollverfahren war sie mit der englischen MK überhaupt nicht mehr zu vergleichen; und es scheint die Frage nach der Existenzberechtigung dieser neu zu schaffenden Institution angebracht.

Dennoch behielt die MK diese Funktion auch im GWBn.F. Um sie aus ihrem zukünftigen Schattendasein etwas herauszuführen, schuf man zusätzlich die Möglichkeit, daß sie sich auch zu Einzelfragen der Unternehmenskonzentration gutachtlich äußern kann. Dieses Tätigwerden soll aber in das Belieben des Ministers gestellt werden und soll beschränkt sein auf gesamtwirtschaftliche Erwägungen.¹⁸⁾

V. Zusammenfassende Bewertung der Kompetenzverteilung:

Bevor eine zusammenfassende Bewertung des Kontrollverfahrens vorgenommen wird, soll zur besseren Übersicht versucht werden, die einzelnen Kompetenzen der drei Organe in den zwei Gesetzentwürfen und dem verabschiedeten Gesetz stichwortartig noch einmal zusammenzustellen.

	RefE I	RefE II	GWB n.F.
BJA	nur Initiativrecht (§ 24, II)	Initiative u. Analyse am Kriterium: marktbeherrschende Stellung (§ 24, I, II)	Initiative, Analyse u. Sachentscheidg. auch nach gesamtwirtsch.Kr.wettbewerblicher Art (§ 24, I, II)
BWM	Analyse und Sachentscheidg. (§ 24, I S. 1, 2)	Sachentscheidg. durch Ausnahmeerlaubnis nach Feststellg. der Unzulässigkeit (§ 24, III)	Ausnahmeerlaubn. am Kriterium: Gesamtwirtschaft u. allgem. Interessen (§ 24, III)
MK	gutachtliche Unterstützung des BWM bei Analyse nach gesamtwirtsch. Krit. (§ 24 b, I, IV)	2-jähriges Allgemeinutachten über Konzentrationsentwicklung u. -politik (§ 24 b, I, III)	2-jähriges Allgemeinutachten über Konzentrationsentwicklung u. -politik (§ 24 b, I, III) u. fakultativ für BWM: Einzelgutachten (§ 24 b, V)

15) Vgl. "Das Parlament" 1969, Nr. 44, S. 2

- 16) § 24 b, I RefE I: "Zur Unterstützung des BWM bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen ... wird eine Monopolkommission gebildet." § 24 b, IV: "In Verfahren nach § 24, I oder § 24 a, I bis III leitet der BWM der MK die Sache zur Stellungnahme zu. Die Stellungnahme der MK soll sich auf die wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlusses unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technologischen Lage und Entwicklung erstrecken."
- 17) § 24 b, I RefE II: "Zur regelmäßigen Begutachtung der Entwicklung der Unternehmenskonzentration in der BRD und der Anwendung der §§ 22 bis 24 a wird eine MK gebildet." § 24 b, III: "Die MK soll in ihrem Gutachten den jeweiligen Stand der Unternehmenskonzentration sowie deren absehbare Entwicklung unter wirtschafts-, insbesondere wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten beurteilen und die Anwendung der §§ 22 bis 24 a würdigen."
- 18) § 24 b, V, S. 6 GWB n.F.: "Der BWM kann auch in Einzelfällen, die ihm nach § 24, III zur Entscheidung vorliegen, eine gutachtliche Stellungnahme der MK einholen."

1) Das Initiativrecht:

Welchem Organ im Dreigestirn von Bundeskartellamt, Monopolkommission und Bundeswirtschaftsminister das Initiativrecht zustehen soll, war unbestritten. In allen drei Gesetzentwürfen hat das BKA die Aufgabe, die Konzentrationsvorgänge in der Wirtschaft zu registrieren, um erforderlichenfalls ein Fusionsvorhaben einer speziellen Untersuchung zuführen zu können. Diese Aufgabe entspricht der Funktion, die dieses Amt nach dem geltenden Kartellrecht hat.

Die Richtigkeit dieser Kompetenzverteilung wird auch durch einen Blick auf die englische Regelung bestätigt. Dort hat nämlich nicht die Monopolies Commission, sondern das Handelsministerium das Initiativrecht. Das hat die unerwünschte Konsequenz, daß es schon in diesem ersten Stadium der Konzentrationskontrolle zu einer politischen Entscheidung kommen kann. Dadurch ist ein gleichmäßiges Aufgreifen von Konzentrationsvorgängen nicht gewährleistet. Im Rahmen der Diskussion um die Novellierung des englischen Gesetzes wird deswegen vorgeschlagen, der Kommission ein Initiativrecht für die Untersuchung bestimmter Fragen zu geben. Allerdings soll die Entscheidung darüber, ob eine von der Monopolies Commission vorgeschlagene Untersuchung eingeleitet wird, beim Minister bleiben. ¹⁹⁾ Hier scheint ein der politischen Lösung systemimmanenter Mangel vorzuliegen. Die englische Monopolkommission hat gegenüber dem

19) Vgl. Bierling WuW 1971, S. 185, sowie oben:
Die Stellung der Monopolkommission

allein politisch verantwortlich handelnden Minister naturgemäß eine zu schwache Stellung um ein Untersuchungsverfahren einleiten zu können. Zum einen bedarf es zur Überwachung der gesamten Unternehmenskonzentration (die der Einzelinitiative ja vorauszugehen hat) eines größeren Behördenapparates. Und zum anderen fehlt es bei einer gutachtlich tätigen Sachverständigenkommission an der politischen oder juristischen Verantwortlichkeit für die Einleitung einer Untersuchung.

2) Die Analyse:

Die Trennung zwischen Analyse und Sachentscheidung entspricht der englischen Konzentrationskontrolle, wo die MK ein Gutachten erstellt und das Ministerium eine unabhängige politische Entscheidung fällt. In diese Richtung zielte auch der RefE I, wonach die Initiative beim BKA, die Analyse (zum Teil) bei der MK und die Sachentscheidung allein beim BWM liegen sollte. An dieser Dreiteilung der Kompetenzen wurde im Schrifttum umfangreiche Kritik geübt, die im einzelnen hier nicht dargestellt werden soll. Zusammengefaßt ging es darum, daß die zu starke Stellung des Ministers, ²⁰⁾ die Umständlichkeit von drei (teilweise gerichtlich angreifbaren) Verfahrensabschnitten, ²¹⁾ mangelndes rechtliches Gehör während dieser drei Untersuchungsphasen ²²⁾ und die mangelhafte Transparenz der Entscheidung ²³⁾ kritisiert wurde.

20) Rittner, Konzentrationskontrolle, Der Betrieb 1970, S. 669 ff., 717 ff. (721); Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (829); Raisch, Fusionskontrolle, Für und Wider, S. 33

21) Steindorff, a.a.O., S. 830

22) Steindorff, a.a.O., S. 829 f.

23) Rittner, a.a.O., S. 722

Im RefE II und im GWB n.F. wurde deswegen das BKA mit der Analyse betraut. Prinzipiell geht es darum, der letztlich unumgänglichen politischen Entscheidung ein sachkundiges und vor allem unabhängiges Organ vorzuschalten. Hier bietet sich das BKA als Behörde mit einschlägiger Erfahrung an. Andererseits wäre auch eine Monopolkommission nach englischem Vorbild ²⁴⁾ geeignet, in einem Gutachten diese Aufgabe zu erfüllen. Indessen läßt das Argument der Verfahrenskonzentration auf nur zwei Organe dem BKA den Vorzug geben. Andernfalls würde nach dem Aufgreifen eines Fusionsvorhabens durch das BKA ein wesentlicher Teil der Prüfung vor der Monopolkommission und ein weiterer Teil vor dem Minister stattfinden. Dies setzte in jedem Verfahren eine zweimalige Anhörung der Beteiligten voraus, die aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit (Art. 103, I GG) unumgänglich wäre. ²⁵⁾ Aus der Fassung des RefE I ergab sich auch die begründete Gefahr, daß - wie Steindorff bemerkt - "quasi durch die Hintertür weitere als die angeführten Eingreifkriterien für die Ministerentscheidung relevant werden könnten," ²⁶⁾ denn der RefE I übertrug der MK die "wettbewerbliche Beurteilung des Zusammenschlusses unter Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technologischen Entwicklung." ²⁷⁾

24) Dies wird vor allem von Rittner, a.a.O., S. 720 f. gefordert.

25) Vgl. Steindorff, a.a.O., S. 830

26) Betriebs-Berater, 1970, S. 829

27) § 24 b, IV RefE I

3. Die Sachentscheidung des Bundeskartellamtes:

Im GWB n.F. wurde dem BKA zu den bisherigen Kompetenzen zur Initiative und Analyse auch noch das Recht zur Sachentscheidung übertragen. Dies bedeutet, daß sich das eigentliche Kontrollverfahren nun ganz auf diese Behörde konzentriert. Damit haben sich die Befürworter der Kartellamtslösung durchgesetzt, die es für die geborene Aufgabe dieser hochqualifizierten Behörde halten, Wettbewerbsfragen und damit auch Fusionsvorhaben zu beurteilen. Sie gaben zu bedenken, daß das Amt andernfalls deklassiert würde. Für diese Lösung spricht auch, daß das BKA nicht in dem Maße wie das Ministerium politischen Iressionen ausgesetzt ist. Auch Raisch²⁸⁾ hält das BKA für geeignet, weil sich der personelle Annäherungsprozeß zwischen Wirtschaft und Bundesregierung auf die Tätigkeit dieser Behörde nicht auswirken würde.

Allerdings könnte es über das Weisungsrecht des BMW gegenüber dem BKA (§ 49 GWB) zu einer Einflußnahme auf den Entscheidungsprozeß der Behörde kommen. Diese Bedenken sind aber deshalb nicht gravierend, weil der Minister von seinem Weisungsrecht in der Vergangenheit nur spärlichen Gebrauch gemacht hat und das BKA so eine selbständige Arbeitsweise entwickeln konnte. Im übrigen wurde eine Teilunabhängigkeit des Kartellamtes durch die Aufspaltung der Prüfungskriterien erreicht: Das BKA trifft seine Entscheidung nach einer gesamtwirtschaftlichen Prüfung des Zusammenschlusses, soweit wettbewerbliche Aspekte betroffen sind. In Ausnahmefällen erteilt der Minister auf Antrag die Erlaubnis, wenn gesamtwirtschaftliche Vorteile oder ein Interesse der Allgemeinheit überwiegen. Der BMW ist somit an die vom BKA getroffene Entscheidung über eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung insofern gebunden, als er hierüber nicht zu befinden hat.

28) Raisch, Fusionskontrolle, Für und Wider, S. 32 f.

4. Die Ausnahmeerlaubnis des Bundeswirtschaftsministers:

Die Aufspaltung der Prüfungskriterien in eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung der Marktvoraussetzungen einerseits und in wirtschafts-, staats- und gesellschaftspolitische Aspekte andererseits ist nicht ohne Probleme. Als vorteilhaft erscheint es zunächst -und dies wird im Schrifttum fast durchweg gefordert²⁹⁾- daß dadurch für den BWM die Möglichkeit geschaffen wird, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Die Komplexität des zu beurteilenden Sachverhalts läßt es notwendig erscheinen, die Möglichkeit für eine Ausnahmeerlaubnis aus politischen Gründen offen zu halten. Naturgemäß kann sich eine solche Ausnahmeentscheidung nur an unbestimmten Generalklauseln wie eben "gesamtwirtschaftliche Vorteile" und "Interesse der Allgemeinheit" orientieren. Diese sind aus Gründen der Bestimmtheit des Gesetzes (Art. 80 GG) nicht zu beanstanden, da die an ihnen gemessene Entscheidung den Betroffenen zugute kommt. Bedenklich wäre dagegen der umgekehrte Fall, wenn eine vom BKA zugelassene Fusion an Hand dieser Generalklauseln verboten werden könnte.³⁰⁾

Auf eine bemerkenswerte Wendung im Rahmen der Umformulierung des § 24, III RefE II / RegE hat Scholz³¹⁾ hingewiesen. Durch die Einführung des Kriteriums "gesamtwirtschaftliche Vorteile des Zusammenschlusses" werde im Gegensatz zum RefE II einem unternehmensautonomen Konzentrationsbedürfnis Rechnung getragen. Diese Auslegung ergibt sich nach Scholz aus der Verknüpfung der beiden Tatbestandsmerkmale die eine Ausnahme nach § 24, III erlauben durch das Wort "oder" statt "und". Durch die weggefallene Koppelung mit dem "Gemeinwohl" (bzw. den inhaltlich gleichbedeutenden "allgemeinen Interessen") wurde die diesbezügliche Offenheit des Tatbestandsmerkmals "Gesamtwirtschaftlichkeit" unterstrichen.³²⁾ Eine weitere Begründung hier-

29) So Rittner, aaO, S. 720 f.; Kartte, aaO, S. 112; Raisch, aaO, S. 35 und 43 will die abschließende politische Entscheidung des Ministers als eine Art von "Notbremse" verstanden wissen, da er es für denkbar hält, daß jetzt nicht vorhersehbare Fälle auftreten, die einen Zusammenschluß erfordern.

30) Vgl. hierzu oben: Die marktbeherrschende Stellung, Fn. 52 mit der dort zitierten BVerfGE 8, 274 ff.

für finde sich in dem systematischen Zusammenhang des § 24, I und § 24, III.³³⁾ Denn wenn die unternehmensautonomen Interessen, die sich in einem Zusammenschlußvorhaben äußern, zu einer marktbeherrschenden Stellung führen, so kommt es dennoch zu keiner Untersagung, wenn wettbewerbsverbessernde Folgen auf anderen Märkten zu erwarten sind (§ 24, I 2.HS). Sind dagegen keine wettbewerbsverbessernde Folgen zu erwarten, so kommt es zum Verfahren nach § 24, III. Dies bedeutet nicht, daß fortan nur noch unternehmensheteronome Konzentrationsinteressen sanktionsfähig wären. Von "gesamtwirtschaftlichem Vorteil" können ebenso unternehmensautonome wie -heteronome Zwecke sein.

Im konkreten Fall wird die Aufspaltung der Prüfungskompetenz zwischen BKA und BMW jedoch nicht ohne Abgrenzungsschwierigkeiten sein. Dies zeigt sich schon an dem Auslegungsergebnis zu dem Scholz kommt, wobei er feststellt, daß "der Schutz des § 24, III 1 auf eine höhere Form der Wettbewerbsfähigkeit zielt als sie § 24, I 2.HS im Auge hat."³⁴⁾ Im Verfahren der ersten Kontrollstufe nach § 24, I werde die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft als "einzelwirtschaftliche" Größe geschützt; im Verfahren der zweiten Kontrollstufe werde diese unter den verschärften Bedingungen des § 24, III 1 nur als "gesamtwirtschaftliche" Größe geschützt. Diese Aussage steht zumindest in einem äußeren Widerspruch zu dem, was die Bundesregierung in ihrer Begründung zum RegE festgestellt hat: "Diese notwendigen Abwägungen (gemeint: die Verbesserung der Wettbewerbsvoraussetzungen auf diesem oder anderen Märkten) sollten ursprünglich allein Aufgabe des BMW im Erlaubnisverfahren nach § 24, III sein. Demgegenüber geht der neue § 24, I Nr. 2 davon aus, daß die gesamtwirtschaftliche Prüfung des Zusammenschlusses, soweit sie die wettbewerblichen Aspekte betrifft,

31) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 108 ff.

32) Scholz, aaO, S. 109

33) Scholz, aaO, S. 113 ff.

34) Scholz, aaO, S. 118

bereits vom BKA vorzunehmen ist." ³⁵⁾ Im Umkehrschluß würde dies eine Prüfung wettbewerblicher Aspekte durch den BMW ausschließen.

Indessen ist die Grenze zwischen dem BKA-Kriterium des § 24, I 2. HS und jenem des BMW aus § 24, III 1 fließend. ³⁶⁾ Das BKA muß bei seiner Abwägung zwischen der marktbeherrschenden Stellung und den Marktvoraussetzungen auf anderen Märkten über den relevanten Markt hinaus die Wettbewerbsvoraussetzungen in der Gesamtwirtschaft ins Auge fassen. Damit bewegt sich die Behörde aber auf einer Ebene, auf der der BMW gemäß § 24, III 1 den zu einer marktbeherrschenden Stellung führenden Konzentrationsvorgang an Hand anderer (wirtschaftspolitischer) Erwägungen rechtfertigen kann. In der Begründung zum RegE werden hierfür zwei Beispiele genannt: Die Legalisierungsmöglichkeit des § 24, III könne in speziell gelagerten Fällen eventuell angewandt werden auf marktbeherrschende Zusammenschlüsse die zur Sicherung des technischen Fortschritts oder zur Erhaltung einer leistungsfähigen Exportwirtschaft im gesamtwirtschaftlichen Interesse erforderlich sind. ³⁷⁾

Die Aufspaltung des Prüfungsverfahrens in zwei getrennte Kontrollstufen hat auch den weiteren Nachteil eines gespaltenen Rechtsweges. Man wird wohl davon ausgehen müssen, daß es trotz der gesetzlichen Ausgestaltung als Ausnahmeerlaubnis in aller Regel zu einer Anrufung des Ministers und damit zu einer zweiten Entscheidung kommen wird, wenn das BKA einen Zusammenschluß untersagt hat. Eine Verbesserung gegenüber dem RefE II ist darin zu sehen, daß der unscharfe Gegensatz zwischen Feststellungsverfahren (BKA) und Erlaubnisverfahren (BMW) im GWB n.F. aufgegeben wurde, um statt dessen dem BKA eine echte Entscheidungskompetenz zu geben. Dennoch ist es bei den Problemen des Rechtsschutzverfahrens geblieben, die die Zweispurigkeit des Verwaltungsverfahrens mit sich bringt. ^{37a)} Auf die damit verbun-

35) vgl. Begründung zum RegE, Abschnitt IV, zu § 24, BT-Drucksache VI/2520

36) vgl. die bei Karte aufgezählten Argumente für und gegen eine Kompetenzverteilung auf das BKA, den BMW oder auf beide zusammen: "Es sei unzweckmäßig, und vor allem auch

denen Nachteile wurde im Schrifttum mehrfach hingewiesen. 38)
Die Einzelheiten dieser Problematik, die insbesondere bei Scholz 39) eingehend behandelt werden, sollen an dieser Stelle nicht noch einmal aufgezeigt werden. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang eine Verbesserung hervorzuheben, die im GWB n.F. erreicht wurde. Durch die Neuaufnahme der Prozeßregeln "über die Verbindung mehrerer Prozesse" (= § 147 ZPO) in die katalogmäßige Verweisungsvorschrift des § 72 Nr. 2 GWB wird es dem Gericht ermöglicht, ein prozessuales Vorgehen gegen die Entscheidung des BKA und des BMW in ein Verfahren zusammenzuziehen. Aus diesem Grund beginnt auch die Frist für die Beschwerde gegen die Verfügung des BKA erst mit der Zustellung der Verfügung des BMW nach § 24, III wenn ein diesbezüglicher Antrag gestellt worden ist (§ 65, I S. 3 GWB n.F.).

zeitraubend, einen einheitlichen Wirtschaftssachverhalt von verschiedenen Behörden prüfen und getrennt entscheiden zu lassen; Wettbewerbs- und Gesamtwirtschaftsfrage seien eng miteinander verwoben." Kartte, Fusionskontrolle, S. 105; Rittner, DB 1973, 319 fordert die Zusammenfassung der Gesichtspunkte des § 24, I und III.

37) Vgl. Begründung zum RegE, a.a.O., Abschnitt IV, zu § 24

37a) Aus diesem Grund hat der Rechtsausschuß des Bundestages die Einfügung eines Absatzes 4 a zu § 24 vorgeschlagen, der lautet: "Das Verfahren vor dem Kartellamt und das Antragsverfahren bei dem Bundesminister für Wirtschaft können nebeneinander in Gang gesetzt werden." Vgl. BT-Drucksache 7/765, S. 14. Dieser Vorschlag ist aber deshalb abzulehnen, weil eine Beantragung der "Ministererlaubnis bereits vor Erlaß der eigentlichen Kontrollentscheidung des BKA dem Ausnahmecharakter des § 24, III widerspräche.

38) Vgl. u.a. Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (830); Rittner, DB 1970, S. 669 ff., 717 ff. (720); Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 103 und 123; Raisch, Fusionskontrolle, S. 38; Kartte, ebenda, S. 105 und 112; Markert, ZHR 134, S. 231; Benisch, WuW 1970, S. 724 ff.; zuletzt Rittner, DB 1973, S. 319.

39) A.a.O. S. 102 ff.

5. Die Tätigkeit der Monopolkommission:

Ursprünglich sollte die Monopolkommission als unabhängiges Organ -dem politisch handelnden Minister vorgeschaltet- durch ihr Gutachten ein sachliches Fundament schaffen. Diesem System, das in Großbritannien praktiziert wird, wird von einigen Autoren bescheinigt,⁴⁰⁾ daß es der Komplexität der Unternehmenskonzentration eher gerecht werde. Ohne auf die Einzelheiten der Verfahrenssicherung hier näher eingehen zu wollen, muß man zugeben, daß diese Kompetenzverteilung zwei Vorteile hat: Zum einen kann eine Kommission von Fachleuten die Gewähr für Sachkunde und persönliche Unabhängigkeit ihrer Mitglieder bieten; und zum anderen wird durch die Beauftragung des Ministers mit der nachträglichen Sachentscheidung zumindest die Möglichkeit geschaffen, daß die von dem Prozeß der Unternehmenskonzentration beeinflussten Bereiche der Staats-, Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik bei der Entscheidung Berücksichtigung finden.

Auf der anderen Seite zeichnete sich die Spruchpraxis der englischen Monopolkommission bisher durch eine auffallende Milde aus: Von den wenigen Zusammenschlußvorhaben, die das Ministerium der Kommission übergab (12 Fälle-ohne Pressefusionen), wurden dennoch 50 % davon für unschädlich gehalten. Dieses Ergebnis ist nicht nur durch die institutionelle Abhängigkeit der englischen MK von der im Ministerium praktizierten, milden Konzentrationspolitik zu erklären. Ein Grund ist sicher auch im Wesen von Kommissionsentscheidungen (Mehrheitsentscheidungen) zu suchen, da diese tendenziell zu mildernden, verborgeneren und undurchsichtigeren Lösungen führen. Demgegenüber wird im GWB n.F. Analyse und Sachentscheidung in die Hände einzelner fachkundiger Beamter einer relativ selbständigen Kartellbehörde gelegt. Insofern wird im Vergleich zur englischen Praxis aufgrund dieser deutschen Regelung vom BKA eine konsequentere Konzentrationskontrolle zu erwarten sein.

40) Vgl. insbesondere Rittner, DB 1970, S. 720 f.

Mit der Abkehr von diesem englischen System der Konzentrationskontrolle und der Übertragung der Kompetenzen auf das BKA und den BWM verlor die MK zunehmend an Bedeutung, sodaß es nicht ganz unberechtigt ist, zu fragen, ob man auf dieses - neu zu schaffende - Organ nicht besser gleich verzichtet hätte. Gemäß § 24 b, III GWB n.F. soll die MK in ihrem alle zwei Jahre zu erstellenden Gutachten "den jeweiligen Stand der Unternehmenskonzentration sowie deren absehbare Entwicklung unter wirtschafts-, insbesondere wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten beurteilen ..." ⁴¹⁾ Diese Funktion macht m.E. die Schaffung einer neuen Kommission nicht erforderlich. Das BKA hat gemäß § 50 GWB bereits die Aufgabe, einen jährlichen Tätigkeitsbericht "über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet" zu veröffentlichen. In diesen Bericht sollen nach § 50, I S. 3 GWB n.F. auch die nach § 23 angezeigten Zusammenschlüsse aufgenommen werden. Da aber zum Aufgabengebiet des BKA nun auch die Konzentrationskontrolle gehören wird, wird es - soweit der Stand der Unternehmenskonzentration betroffen ist - zwei Berichte geben. Und was die zweite Aufgabe der MK anlangt, so scheint eine zuverlässige Prognose über die "absehbare Konzentrationsentwicklung" kaum möglich zu sein, angesichts der Vielzahl unvorhersehbarer und unberechenbarer Ursachen die zu Konzentrationsvorgängen führen.

Man wird dagegen einwenden, daß die Tätigkeit der MK nach dem GWB n.F. (anders als im RefE I) auch im Sinne

41) Die technischen Einzelheiten des § 24 b GWB n.F. sind der Begründung zum RegE zufolge dem Sachverständigenratsgesetz vom 14.8.63 (BGBl. I S. 685) nachgebildet. RegE a.a.O., Abschnitt IV, zu Artikel 1 Nr. 7 und 8.

einer Kontrolle über die sachentscheidenden Organe BKA und BWM zu verstehen ist.⁴²⁾ Dies kommt im § 24 b, III, 3. HS GWB n.F. etwas vage zum Ausdruck.⁴³⁾ Einerseits ist die Errichtung einer Kontrollinstanz angesichts der im GWB n.F. herbeigeführten Verfahrenskonzentration auf das BKA (Initiative, Analyse und wesentliche Sachentscheidung) nicht ganz unangebracht. Doch andererseits besteht auch die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle über die Entscheidung des BKA und des BWM (vgl. § 62, IV GWB n.F.). Im übrigen wird man bezweifeln können, ob ein alle zwei Jahre zu erstellendes Gutachten ein hierfür taugliches Kontrollinstrument ist. Zumindest wird es den am Zusammenschluß durch eine Untersagung gehinderten Unternehmen wenig nützen, wenn die dafür verantwortliche Konzentrationspolitik zwei Jahre später von der MK gerügt wird.

42) Aus diesem Grund sollte noch im RegE (vgl. § 24 b, VIII) nicht das BKA, sondern das Statistische Bundesamt die Aufgaben einer Geschäftsstelle der MK wahrnehmen, um die Unabhängigkeit dieses Organs zu gewährleisten. In der vom Bundestag verabschiedeten KNov kehrte man allerdings wieder zu der in den beiden Referentenentwürfen vorgesehenen Regelung zurück, wonach das BKA die Aufgaben einer Geschäftsstelle übernehmen soll. Dies wurde vom Wirtschaftsausschuß des Bundestages damit begründet, daß die Auskunftsbereitschaft der Unternehmen ausschließlich für statistische Zwecke und die Qualität der amtlichen Statistik durch diese Verbindung von MK und Statistischem Bundesamt Schaden nehmen könne.

43) Hiernach soll die MK die Anwendung der §§ 22 bis 24 a "würdigen." Wenn die MK gemäß § 24 b, III S. 2 die Aufgabe erhält, "nach ihrer Auffassung notwendige Änderungen der einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes" aufzuzeigen, so wird man das wohl als eine Scheinfunktion bezeichnen können.

Auch die im § 24 b, V, 1. S. in der KNov eingeführte Ergänzung, wonach der MK auf Wunsch des BWM eine Beratungsfunktion zukommen soll, ⁴⁴⁾ erscheint wenig praktikabel. Wie soll der BWM in der ohnehin kurzen Frist von 4 Monaten (vgl. § 24, IV, S. 3) nach eigener Prüfung des Konzentrationsvorhabens den Sachverhalt der MK übergeben, um nach deren Tätigwerden die Argumente für und wider den Zusammenschluß abzuwägen und zum Entschluß zu kommen? Abgesehen von diesen Fristproblemen, die unlösbar sind, da das Kontrollverfahren nicht beliebig verlängert werden kann, kommt es zu einem dreifachen Auftritt aller Beteiligten vor dem BKA, dem BWM und der MK. Diese Überlegungen scheinen den Schluß zu rechtfertigen, daß es besser gewesen wäre, wenn man auf die Neuschaffung einer MK ganz verzichtet hätte. ⁴⁵⁾

44) § 24 b, V, 1. S. GWB n.F.: "Der BWM kann auch in Einzelfällen, die ihm nach § 24, III zur Entscheidung vorliegen eine gutachtliche Stellungnahme der MK einholen."

45) So im Ergebnis auch Steindorff, BB 1970, S. 824 ff. (830), und Raisch, Fusionskontrolle, S. 35, allerdings beide bezüglich RefE I. Für die Streichung des § 24 b KNov auch der Rechtsausschuß des Bundestages, vgl. BT - Drucksache 7/765 Anlage 1, S. 15.

3. Teil: Rechtsvergleichende Gegenüberstellung

I. Die Ausgestaltung einer Konzentrationskontrolle als Rechtsaufsicht oder als Wirtschaftslenkung?

1) Die Grundmodelle: Rechtsaufsicht - Wirtschaftslenkung

Im Anschluß an Bullinger, ¹⁾ der die Lehre von den beiden Grundmodellen staatlicher Aufsicht entwickelt hat und Stein ²⁾ der diese Theorie unter Gebrauch einer abgewandelten Terminologie übernommen hat, ist es das Verdienst von Baur, diese Differenzierung präzisiert zu haben, um sie auf den Begriff des Mißbrauchs im GWB anzuwenden. Nach dieser Theorie ist zwischen der Grundkonzeption einer maßstabsfreien und der einer maßstabsgebundenen Wirtschaftsaufsicht streng zu unterscheiden.

Bei der maßstabsfreien Aufsicht gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte für die Bewertung des unternehmerischen Verhaltens. Vielmehr ist es der zuständigen Behörde überlassen, jeden Einzelfall abwägend zu beurteilen. Dabei gebraucht auch sie einen Maßstab, der aber nicht vorgegeben ist, sondern von ihr entwickelt wird. Die Behörde wird politisch-decisionistisch tätig; sie verläßt den Bereich der Rechtsanwendung oder Rechtsfortbildung.

Davon zu trennen ist nach dieser Theorie die maßstabsgebundene Wirtschaftsaufsicht. In diesem Fall wird vom Gesetz ein Aufsichtsmaßstab genau vorgegeben. Indem die Behörde ihn gebraucht, wird sie rechtsanwendend tätig. Der vom Gesetzgeber in den Tatbeständen und der Gesamtwertung detailliert aufgezeichnete Wille wird von der Behörde vollzogen. Wenn auch Ermessensgebrauch eingeräumt werden kann und unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten sein können, so bleibt der Behörde doch eine Disposition über den Aufsichtsmaßstab verwehrt.

- 1) Bullinger in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 22 (1965), S. 264 ff.
- 2) E. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht 1967, S. 80 ff.
- 3) Jürgen F. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972, S. 5 ff., 30 f., 66 ff.

Obwohl die Grenzen zwischen den beiden Modellen in der Realität fließend sind, und obige Trennung nur in der Theorie durchgehend Gültigkeit besitzt, bleibt für den vorliegenden Fall die grundsätzliche Unterscheidung von Bedeutung, ob sich die Konzentrationskontrolle als ein primär an politischen oder an rechtlichen Prinzipien orientiertes Teilstück der Wirtschaftsaufsicht begreift.

2) Die englische Konzentrationskontrolle als Wirtschaftslenkung

Was nun die englische Konzentrationskontrolle nach dem Monopolies and Mergers Act anlangt, so wurde bereits festgestellt, ⁴⁾ daß es sich hier um einen typischen Fall von Wirtschaftslenkung handelt. Ein Zusammenschluß wird unter allen denkbaren wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten geprüft. Die in § 14 des Hauptgesetzes ⁵⁾ enthaltenen wachstums-, struktur- und verteilungspolitischen Kriterien, die angewandt werden sollen und keine abschließende Aufzählung darstellen, beweisen dies. Zwischen den einzelnen Zielvorstellungen besteht kein Rangverhältnis; es hängt von der Planung der jeweiligen Regierung ab, in welcher Weise auftretende Zielkonflikte gelöst werden. ⁶⁾ Die dabei gesetzten wirtschaftspolitischen Prioritäten ergeben sich aus den gesamtwirtschaftlichen Daten, die naturgemäß einer ständigen Änderung unterworfen sind.

Die Folgen einer solchen Regelung sind positiver und negativer Natur: Zunächst hat sie den Vorteil der Flexibilität: durch die ständige Anpassung an die sich wandelnden gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten kann die Behandlung von Zusammenschlußvorhaben mit diesen konform

4) Vgl. oben: 1. Teil, § 2, B. I

5) § 14 (a) - (d) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948

6) So hat Benisch (WuW 1969, S. 665 ff., 666) berichtet, daß die damalige Regierung die Meinung vertreten habe, daß viele Zusammenschlüsse segensreich sein könnten und daß das Urteil des Marktes über die Mehrheit aller Fälle akzeptabel sei ...

gehen. Jeder Fusionsfall wird speziell, gemäß seinen Besonderheiten und seiner Bedeutung ⁷⁾ geprüft. Von großem Vorteil ist auch die Tatsache, daß sich der Gesetzgeber den beträchtlichen Problemen der Konkretisierung von Eingriffskriterien, denen sich der deutsche Gesetzgeber gegenüber sah, entziehen konnte.

Ein wesentlicher Nachteil dieser politischen Lösung wird nicht nur von englischen, sondern vor allem von deutschen Kritikern ⁸⁾ darin gesehen, daß das "Erfordernis einer möglichst eindeutigen Datensetzung durch das Recht unbeachtet" bleibt. Allerdings scheinen gerade bei der englischen Lösung die Folgen nicht so gravierend zu sein wie sie häufig dargestellt werden. Denn die Unsicherheit der Unternehmen hinsichtlich der Bewertung ihrer Fusionsvorhaben wird teilweise durch das geheime Vorverfahren eliminiert, von dem reger Gebrauch gemacht wird. Damit bleibt es zwar bei der durch die Unbestimmtheit des Gesetzes bedingten allgemeinen Unsicherheit der Unternehmen bei ihren wirtschaftlichen Entscheidungen; jedoch erlangt durch dieses Vorverfahren der einzelne Unternehmer von den eigentlichen Eingriffsmaßnahmen Gewißheit darüber, wie die Behörde bei dem konkreten Konzentrationsvorgang das Gesetz anzuwenden gedenkt.

Was aber die Feststellung anlangt von der "Grenzziehung zwischen Unternehmenspolitik und Wirtschaftspolitik", die unmöglich werde, ⁹⁾ so kann dem kaum widersprochen werden. Durch diese Möglichkeit des Staates zur wirtschaftlenkenden Intervention, die kaum vorhersehbar und berechenbar ist, kann die unternehmerische Einzelplanung im Sinne der jeweiligen Wirtschaftspolitik gesteuert werden. Die hierin

7) In diesem Sinne der Board of Trade, in Mergers - a guide to Board of Trade practice, Rdnr. 32

8) Vgl. oben: 1. Teil, § 2, C, III. 1) m.w.N., sowie W. Eckstein, AWD 1970, S. 7

9) So Eckstein, AWD 1970, S. 7

liegende Problematik wurde nur deswegen kaum erörtert, weil die englische Regierung in ihrer bisherigen Konzentrationspolitik von eingreifenden Maßnahmen weitgehend abgesehen hat. Sieht man diese Regelung im Zusammenhang mit der übrigen auch wirtschaftslenkenden Kartell- und Monopolkontrolle so zeigt sich sehr deutlich, daß sich die englische Wirtschaftsordnung von einer wirklich freien Marktwirtschaft entfernt hat ¹⁰⁾ und sich auf eine gemischte Wirtschaftsverfassung zubewegt. ¹¹⁾

3) Die deutsche Konzentrationskontrolle als Rechtsaufsicht

Bei der Einführung einer deutschen Konzentrationskontrolle stellte sich zunächst die Frage, wie sich diese - als Wirtschaftslenkung ausgestaltet - in das GWB eingefügt hätte. Das Grundmodell, das dem GWB zugrundeliegt, ist eindeutig das einer maßstabsgebundenen Wirtschaftsaufsicht. In vielerlei Hinsicht dokumentiert sich das Bemühen des Gesetzgebers, die wirtschaftspolitischen Ziele möglichst präzise zu formulieren und in ein Rangverhältnis zu bringen, um so das wirtschaftspolitische Ermessen der Kartellbehörde möglichst einzuschränken. ¹²⁾ Dieses maßstabsgebundene Aufsichtssystem des GWB wird im einzelnen von Baur ¹³⁾ nachgewiesen. Eine auf Wirtschaftslenkung ausgerichtete Konzentrationskontrolle wäre insofern ein Fremdkörper im GWB gewesen. Sie hätte die Gefahr gebracht, daß die Wettbewerbspolitik leicht in staatlichen Wirtschaftsdirigismus umschlagen könnte.

10) In diesem Sinne auch J.F. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 22

11) Zur Rolle der "mixed economy" in den heutigen Industrienationen, vgl. u.a. W. Friedmann, Law in a changing society, 1972, S. 297, 310 f., 338 - 340

12) Hirsch bezeichnete die das gesamte Gesetz durchziehende Kasuistik als "eines der größten Mißtrauensvoten, die dem deutschen Richter und Verwaltungsbeamten jemals von einem deutschen Parlament ausgesprochen worden sind." E. Hirsch in Kontrolle wirtschaftlicher Macht, 3 Vorlesungen zum GWB, S. 16

13) J.F. Baur, a.a.O., S. 73 ff.

Abgesehen davon wären einer solchen Konzentrationskontrolle auch begründete verfassungsrechtliche Bedenken gegenübergestanden. Denn Art. 80 GG setzt dem Normgeber in dieser Hinsicht enge Grenzen, die einer Blankettermächtigung zur wirtschaftspolitischen Lenkung kaum Raum lassen würden.

Diese Feststellung wird auch durch eine von Raisch^{13 a)} aufgestellte These gestützt, die die gesetzestechnische Problematik betrifft.^{13 b)} Unter dem Hinweis auf die Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes,^{13 c)} das eine entsprechende Anwendung des Art. 80 GG auch auf die Ermächtigung zu Verwaltungsakten fordert, stellt er die These auf, daß vom Grad der Konkretisierbarkeit des Tatbestandes einer Norm die prinzipielle Art und Weise ihrer Durchsetzbarkeit abhängt. Je weniger der Eingriff voraussehbar und berechenbar ist, desto weniger darf die Rechtsfolge in den Rechtskreis des einzelnen einschneiden. Raisch teilt dabei die zu klassifizierenden Normen in 3 Gruppen ein, an die unterschiedlich hohe Anforderungen gestellt werden müssen. Neben Normen, die mit Kriminalstrafe bewehrt sind, zu denen er aber auch Ordnungswidrigkeiten mit einer Bußgeldandrohung von über 10 000.- DM zählt, gibt es Normen, die mit geringeren Geldbußen bewehrt sind, und schließlich wirtschaftsrechtliche Vorschriften mit rein zivilrechtlichen Folgen.

13a) Raisch, Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR Bd. 128, S. 161 ff., (1966). Raisch behandelt diese Frage hier in ihrer abstrakten Bedeutung. Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen meldet er aber rechtliche Bedenken gegen den Vermutungstatbestand innerhalb einer Fusionskontrolle an, wonach von einem gewissen Marktanteil auf den Tatbestand der Marktbeherrschung geschlossen wird; vgl. hierzu: Raisch in Fusionskontrolle, Für und Wider, 1970, S. 26, Fn. 57; hierauf wurde bereits (oben E, III c) näher eingegangen.

13b) vgl. hierzu auch oben, 2. Teil, B. III.

13c) BVerfG 8, 274 ff. stellt im Leitsatz Nr. 7 hierzu folgende Forderung auf: "Die Grundsätze des Rechtsstaates fordern, daß auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte durch das ermächtigende Gesetz nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden..."

Gem. § 38 GWB a.F. wurden Ordnungswidrigkeiten, soweit sie vorsätzlich begangen worden sind, mit einer Geldbuße von bis zu 100 000.- DM belegt. Mit der Novellierung des GWB wurde § 38 GWB a.F. dahingehend geändert, daß Zuwiderhandlungen der Betroffenen gegen diesbezügliche Anordnungen der Kartellbehörde in den Ordnungswidrigkeitenkatalog mit aufgenommen werden. Daneben ist noch zusätzlich zur Durchsetzung der Anordnungen gem. § 24, VII Nr. 1 GWB n.F. eine Androhung von Zwangsgeld bis zu einer Million DM vorgesehen. Folglich müssen nach Raisch die Fusionskontrollnormen den speziellen Bestimmtheitserfordernissen des Art. 103, II GG entsprechen. 13 d)

Für eine deutsche Fusionskontrolle blieb somit nur das Modell der Rechtsaufsicht, das die wirtschaftspolitischen Zielsetzungen begrenzt und definiert ¹⁴⁾ und eine Rangfolge zwischen den verbleibenden wirtschaftspolitischen Einzelzielen erkennen läßt. Dieses System hindert grundsätzlich nicht die Verwendung von Ermessensgebrauch und unbestimmten Rechtsbegriffen. Sofern durch Auslegung eine Präzisierung möglich ist, kann dabei auch auf das Gemeinwohl oder das wirtschaftliche Gesamtinteresse abgestellt werden. ¹⁵⁾

13 d) Die Frage, ob sich Art. 103, II GG nur auf die echten Kriminalstrafen bezieht (so BayVerfGE 4, 30; 4, 150; 11, 11 für den gleichlautenden Art. 104, I BayVerf) oder daneben auch auf Ordnungsstrafen, ist strittig. BVerfGE 9, 167 (169 ff.); Maunz-Dürig, Art. 103, II Rdnr. 114, dehnt den Anwendungsbereich richtigerweise auch auf Ordnungsstrafen aus, weil auch hier an geschehenes Unrecht mit einer Übelzufügung angeknüpft wird; folglich müssen auch Ordnungsstraftatbestände zur Tatzeit gesetzlich festgelegt sein; ebenso Hamann-Lenz, Grundgesetz 1970, Art. 103 Anm. B. 3. Mit diesen Argumenten setzt sich Scholz im Rahmen der Prüfung des Vermutungstatbestandes auseinander; Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 96 ff. m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG. Über den hier angesprochenen Grundsatz "nulla poena sine lege" hinaus stellt das allgemein-rechtsstaatliche Prinzip der "nulla poena sine culpa" besondere Anforderungen an den Vermutungstatbestand. Vgl. hierzu BVerfGE 20, 323 (331) und oben D, Abschnitt III c).

14) In diesem Sinn ist auch W. Eckstein zu verstehen, in AWD 1970, S. 7 f.

15) J.F. Baur, a.a.O., S. 74 ff., der auch auf den Ausnahmecharakter des § 8 GWB Bezug nimmt.

An diesem Grundmodell der Rechtsaufsicht hat man sich bei der Formulierung der Kartellnovelle orientiert. In der Beschränkung auf den Begriff der marktbeherrschenden Stellung und die Hinzufügung des Merkmals "Überragende Marktstellung", das seinerseits durch eine im Gegensatz zum RegE allerdings offene Kausistik konkretisiert ist, wird der Kartellbehörde ein relativ enger Prüfungsmaßstab vorgelegt. In diese Richtung zielen auch die Größenangaben, die zum einen in dem Vermutungstatbestand enthalten sind und jene in den sog. Toleranzklauseln (bezüglich Unternehmens- und Marktgröße).

Die Entscheidung für entweder eine maßstabsgebundene oder eine maßstabsfreie Wirtschaftsaufsicht schlägt sich vor allem in der Wahl der Eingriffskriterien, aber auch in der Kompetenzverteilung nieder. Auf diese beiden Fragen soll deshalb im folgenden eingegangen werden.

II. Die Eingriffskriterien einer Konzentrationskontrolle

1) Der public interest-Begriff als Eingriffskriterium:

- a) Wie bereits ausgeführt, ¹⁶⁾ handelt es sich beim "public interest"-Begriff nach Häberle ¹⁷⁾ um einen "pluralistischen Typus einer Gemeinwohlklausel". Das heißt, der Gesetzgeber gibt zu erkennen, daß er eine Vielzahl von Gesichtspunkten

16) Vgl. oben: 1. Teil, § 2, C. III 1.

17) P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 57 ff.

öffentlichen Interesses berücksichtigt sehen will. Damit wird er der Komplexität des hier zu regelnden Sachverhaltes (Konzentration in der Wirtschaft) gerecht. Durch die besondere Flexibilität des Kriteriums können alle erdenklichen wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

Es scheint keine Situation denkbar, die nicht von diesem Kriterium erfasst werden könnte. Diese Wirkung wird noch durch das Fehlen einer Rangordnung unter den einzelnen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen verstärkt.

Hinzu kommt die Methode der Monopolkommission, die einzelnen Vorteile und Nachteile der Fusion aufzuzählen, um sie in einer Schlußbetrachtung gegeneinander aufzurechnen. Damit bringt sie die Ambivalenz der zu beurteilenden Konzentrationsvorgänge zum Ausdruck. Die Vielschichtigkeit der einzelnen Fusionsfälle, die in dieser Spruchpraxis zum Ausdruck kommt, läßt zugleich die Schwierigkeiten erkennen, denen sich der deutsche Gesetzgeber bei der Normierung konkreter Eingriffskriterien gegenüber sah. Bei dieser Abwägung der Gemeinwohlaspunkte kommen auch Gesichtspunkte zur Sprache, die als unternehmensautonome Vorteile zunächst durchaus mehr von privatem als von öffentlichem Interesse sind, wie z.B. Kostenersparnisse und Rationalisierungsvorteile. Diese Aspekte werden aber dadurch zu Gegenständen des öffentlichen Interesses, daß erwartet wird, daß diese Vorteile an die Abnehmer weitergegeben werden.

So scheint der "public interest"-Begriff auch dem schwer lösbaren Problem der konglomeraten Konzentration gewachsen zu sein das zunehmend an Bedeutung gewinnt. ¹⁸⁾ Die Monopolkommission wurde in den ersten beiden großen konglomeraten Zusammenschlußvorhaben zwischen Unilever Ltd. und Allied Breweries Ltd. ¹⁹⁾ und zwischen Rank Organisation Ltd. und

18) Vgl. u.a. Jahresgutachten 1971 des Sachverständigenrates BT-Drucksache VI/2847 Ziff. 377 ff. (382, 385)

19) Vgl. oben: 1. Teil, § 2, C III, 3. Fall (3)

De La Rue Ltd. ²⁰⁾ vom Board of Trade beauftragt, einen allgemeinen Situationsbericht hinsichtlich der Konzentration zu erstellen. Dabei kam sie zu dem Ergebnis, daß die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von diagonalen Zusammenschlüssen weniger bedeutsam seien; wie überhaupt ihre Auswirkungen weniger leicht festzustellen seien. Dennoch hielt sie es für nicht weniger wichtig, konglomerate Fusionsvorhaben zu überprüfen. ²¹⁾ Die Gesamtauswirkungen von Zusammenschlüssen auf die Wirtschaft als ganzes, insbesondere strukturelle Veränderungen, seien ein wichtiger Aspekt des öffentlichen Interesses. Dagegen scheine die absolute Größe britischer Unternehmen zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt keine wesentlichen Fragen für das öffentliche Interesse aufzuwerfen. ²²⁾ Indessen zeigt die Beschränkung dieser Aussage auf die momentane Wirtschaftsstruktur, daß in der absoluten Unternehmensgröße grundsätzlich ein Verstoß gegen das öffentliche Interesse gesehen werden könnte.

- b) Auf der anderen Seite ist dem "public interest" - Begriff der Vorwurf der Unbestimmtheit zu machen. Die Anwendung des Gesetzes wird durch die Verwendung dieser Generalklausel unüberprüfbar. Die von der Kontrolle betroffenen Unternehmen sind nicht imstande, die Entscheidung vorherzusehen. Eine Untersuchungskommission der Konservativen Partei führte zur Bestimmbarkeit des "public interest" - Begriffs aus:

20) Vgl. oben: 1. Teil, § 2, C III, 3. Fall (4)

21) Mergers - a guide to Board of Trade practice, S. 43 ff., Rdnr. 35; abgedruckt in einer Übersetzung aus dem Englischen in WüW 1971, S. 114 ff. (121)

22) Dieses Urteil scheint angesichts der englischen Wirtschaftsstruktur gerechtfertigt, insbesondere wenn man sich die Rangliste der 50 größten europäischen Industrieunternehmen betrachtet. Es sind dies Unternehmen, die im Jahre 1971 über 5 Milliarden DM Umsatz und in der Regel über 60 000 Beschäftigte hatten. Während 21 dieser 50 Unternehmen aus der BRD sind, stammen 9 aus England und 3 (Royal Dutch/Shell, Unilever, Dunlop/Pirelli) Unternehmen sind englisch-holländisch, bzw. englisch-italienische Konzerne. Vgl. die Zusammenstellung in "Die Zeit" vom 11.8.72, S. 32

"Es wird jedoch niemals möglich sein, die Kommission mit strikten Richtlinien zu versehen, die jeder Eventualität gerecht werden. Die Entwicklung genauerer Kriterien des öffentlichen Interesses sollte man nur nach Maßgabe des allmählichen Aufbaues eines Systems von Präjudizien durch die Kommission erwarten." 23)

Durch die Spruchpraxis, die oben dargestellt wurde, hat die Kommission zwar zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses beigetragen. Jedoch muß in diesem Zusammenhang die Abhängigkeit der Kommission von den allgemeinen Auslegungsrichtlinien des Ministeriums beachtet werden, 24) sodaß jede Entscheidung schon aus diesem Grund immer ein wirtschaftspolitischer, nach rechtlichen Kriterien nicht nachprüfbarer Akt der Wirtschaftslenkung sein wird. Die Gefahr der Ungleichbehandlung von Fusionsvorhaben wird auch dadurch verstärkt, daß in der ersten Phase des Aufgreifens das Ministerium eine Vorprüfung ansetzt. Der Ausgang dieser Vorprüfung ist für die Betroffenen völlig ungewiß und kann von diesen keiner gerichtlichen Nachprüfung zugeleitet werden.

Wenn man vom englischen System einer politischen, maßstabsfreien Wirtschaftsaufsicht ausgeht, die insoweit, als das DTJ tätig wird, unter parlamentarischer Kontrolle steht, so erscheint der "public interest"-Begriff trotz seiner Unbestimmtheit als systemgerecht. Die britische Regierung hat auch mehrfach zum Ausdruck gebracht, daß sie nach wie vor die Beurteilung von Zusammenschlüssen nach starren Merkmalen ablehnt, 25) so wie sie die vom US-Department of Justice veröffentlichten "Merger Guidelines" vom 30.5.68 enthalten. 26)

23) "Monopoly and the Public Interest", C.P.C. No. 273, März 1963, abgedruckt und übersetzt in "Marktbeherrschung und Konzentration", WuW-Schriftenreihe, Heft 11, 1965, S. 91

24) Gemäß § 7 (10) Monopolies and Mergers Act, 1965 hat die Kommission (bei der Anwendung des public interest-Kriteriums) alle Gesichtspunkte zu beachten, auf die das Ministerium sie von Zeit zu Zeit aufmerksam macht.

25) Vgl. Benisch in WuW 1969, S. 665 ff. (670), der aus einer Rede des englischen Handelsministers zitiert, die dieser vor dem Unterhaus am 17.4.69 gehalten hat.

26) Vgl. die Übersetzung in WuW 1960, S. 94 ff. und WuW 69, 659 ff.

- c) Die englische Regelung vermeidet ganz bewußt den Begriff "Wettbewerb". ²⁷⁾ Die Wettbewerbsprüfung wird hier zum Teilaspekt einer Prüfung der umfassenderen "öffentlichen Interessen." ²⁸⁾ Eine durch den Zusammenschluß zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung ist nur ein möglicherweise gegen seine Zulässigkeit sprechender Gesichtspunkt. ²⁹⁾ Wenn die Prüfung der übrigen Aspekte des öffentlichen Interesses positiv ausfällt, kann es sehr wohl möglich sein, daß eine Wettbewerbsbeschränkung hingenommen wird. In einigen Fällen versuchte man den vermutlich eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen dadurch zu begegnen, daß die Effekte des Wettbewerbs sozusagen durch vertragliche Abmachungen gesichert wurden: das konzentrierte Unternehmen mußte schriftlich ein verbraucher- und kundenfreundliches Verhalten zusichern. ³⁰⁾

In den bisher entschiedenen 12 Fusionsfällen hat sich gezeigt, daß bei der Konkretisierung des "public interest"-Begriffes die Monopolkommission jeweils eine den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragende Abwägung von Interessen vornahm. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs kann durch andere Vorteile (meist die sog. economies of scale) aufgewogen werden. Die Besonderheit der englischen Regelung besteht darin, daß durch den weiten Begriff des public interest eine großzügige Zulassung von Rechtfertigungsgründen möglich ist. ³¹⁾

-
- 27) Vgl. zu den Hintergründen dieser Entwicklung und den wirtschaftlichen Einflüssen in England, Mestmäcker, ORDO VIII, S. 265 ff., ferner J. Huffschnid, Konzentrationspolitik in England 1971, S. 35 m.w.N.
- 28) Vgl. die 1963 veröffentlichten Untersuchungsergebnisse der "Bow Group" zu diesem Thema (Übersetzung aus dem Englischen in WuW-Schriftenreihe 1965, Heft 11, S. 39): "Wir halten die Verwendung dieses umfassenden Kriteriums (public interest) für eines der besten Tatbestandsmerkmale unseres Gesetzes. Es ... macht es möglich, jede Situation im Lichte ihrer besonderen Umstände zu prüfen, und hat uns vor den doktrinären Widersprüchen bewahrt, die sich im amerikanischen Recht durch das strikte Festhalten an dem Kriterium des Wettbewerbs ergeben."
- 29) Mergers - a guide to Board of Trade practice, Rdnr. 36
- 30) So in den Fällen: (7) British Insulated Callender's Cables/Pyrotenax, (6) British Motor Corporation/Pressed Steel
- 31) Marktmacht und Recht, ein Bericht des Exportenausschusses der OECD für marktbeherrschende Praktiken, 1970, S. 83

Das hat in einzelnen Fällen dazu geführt, daß beherrschende Stellungen und fast vollständige Monopole als Folge des Zusammenschlusses hingenommen wurden. ³²⁾

Wie oben ³³⁾ gezeigt wurde, wird von der MK dem Rationalisierungs- oder Ressourcenargument eine Vorzugsstellung im Verhältnis zu den übrigen Subkriterien des public interest-Begriffs eingeräumt. Dabei zielt dieses Argument vorwiegend in zwei Richtungen: Einmal muß eine Produktionssteigerung erreicht werden, die den Verbrauchern zugute kommt; und zum anderen soll die internationale Wettbewerbsfähigkeit englischer Unternehmen zum Zwecke der Verbesserung der Zahlungsbilanz gesichert werden.

In drei Fällen kam die Absicht, eine Stärkung englischer Unternehmen zu ermöglichen, um der Auslandskonkurrenz auf dem englischen Markt und im Export wirksamer begegnen zu können, besonders klar zum Ausdruck. ³⁴⁾ Der Zwang zu dieser export- und investitionsfördernden Konzentrationspolitik ergibt sich im wesentlichen aus der hohen Außenhandelsabhängigkeit Englands, der relativ niedrigen Produktivität und geringen Investitionstätigkeit, der permanent defizitären Zahlungsbilanz und dem Zerfall des Pfund Sterling als Leitwährung. ³⁵⁾ Das Hauptproblem besteht für die englische Wirtschaftspolitik darin, ein Investitionsniveau zu schaffen, das den Anschluß an den technologischen Entwicklungsstand der übrigen Industrieländer herstellt. Auch konzentrationspolitische Maßnahmen haben sich diesen allgemeinen strukturellen Notwendigkeiten zu fügen und müssen die Kriterien von Investitionsförderung oder wenn möglich Exportförderung, auf jeden Fall aber fehlender Exportbehinderung erfüllen. ³⁶⁾

32) Im Fall (8) Guest, Keen Nettlefolds/Birfield entstand ein 100 %iges Monopol für Kardanwellen und -gelenke und im Fall (7) BICC/Pyrotenax ein 90 %iger Marktanteil für ein Spezialkabel.

33) Vgl. oben 1. Teil, C. III 3 a)

34) (1) Thorn Electrical Industries/Radio Rentals; (2) Dental Manufacturing/Amalgamated Dental/Dentist's Supply; (6) British Motor Corporation/Pressed Steel;

35) Vgl. die Darstellung der besonderen Probleme der englischen Wirtschaft nach 1945 als ökonomischer Hintergrund für die derzeitige Konzentrationspolitik bei J. Huffs Schmid Konzentrationspolitik in England 1971, S. 11 ff. m.w.N.

36) Vgl. J. Huffs Schmid, a.a.O., S. 16

Die Sicherung des Wettbewerbs als politisches Programm stand bis in die jüngste Zeit nicht im Zentrum der staatlichen englischen Konzentrationspolitik. Dennoch darf nicht übersehen werden - und das scheint doch für eine zukünftig einheitliche europäische Wettbewerbswirtschaft bedeutsam zu sein -, daß das englische Recht der Konzentrationskontrolle im Prinzip so angelegt ist, daß im Rahmen der Konkretisierung des public interest - Begriffes dem Wettbewerbsargument der ihm gebührende Vorrang eingeräumt werden könnte. Dies setzt aber eine Konzentrationspolitik voraus, die nicht mehr die Produktivitäts- und Exportförderung zum vorrangigen Ziel erhebt, sondern den Konzentrationsprozeß dort, wo er den freien und funktionsfähigen Wettbewerb beeinträchtigt, strenger kontrolliert und eine tendenziell dekonzentrierte Wettbewerbswirtschaft anstrebt.

2) Die marktbeherrschende Stellung als Eingriffskriterium:

Es ist bereits festgestellt worden, daß sich der Gesetzgeber des GWB alter Fassung wie auch der des GWB neuer Fassung eindeutig für eine maßstabsgebundene Wirtschaftsaufsicht ausgesprochen hat und nach allgemeiner Überzeugung eine Konzentrationskontrolle kein Mittel der Wirtschaftslenkung werden sollte. Hiervon ausgehend ist zu fragen, worin der grundsätzliche Unterschied zwischen dem englischen und dem deutschen Eingriffskriterium zu sehen ist und ob dieser Unterschied Rückschlüsse auf die zukünftige Handhabung der deutschen Kontrollnormen im Vergleich zur englischen Spruchpraxis zuläßt.

- a) Den Verfassern der Kartellrechts-Novelle war daran gelegen, das System der maßstabsgebundenen Wirtschaftsaufsicht des GWB durch die Einführung der Fusionskontrolle nicht zu sprengen. Dies stellte sie vor die schwierige Aufgabe,

Kriterien zu finden, die der Komplexität des zu regelnden Sachverhaltes (Unternehmenskonzentration) gerecht werden und zugleich - bei Vermeidung von unbestimmbaren Generalklauseln - noch justiziabel bleiben würden. Während dieser Versuch beim Referentenentwurf ³⁷⁾ vom 20.3.70 noch nicht geglückt war, ³⁸⁾ wurden im Regierungsentwurf vom 19.5.71 in dieser Hinsicht erhebliche Verbesserungen erreicht. Dieser RegE wurde bekanntlich nach einigen kleineren Änderungen die Grundlage für die seit dem 7.6.73 in Kraft befindliche KNov.

Um den Schwierigkeiten zu begegnen, die sich bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, wurde im GWB n.F. der weitere Begriff der überragenden Marktstellung eingeführt. Dieser neue Konzentrationsstatbestand zeichnet sich mit seiner beispielhaften Aufzählung durch eine Konkretisierbarkeit und eine Offenheit zugleich aus. Hier mag es nützlich sein, sich die in der englischen Spruchpraxis dokumentierende Vielsichtigkeit der Konzentrationsproblematik vor Augen zu führen. Auch wenn es im deutschen Wettbewerbsrecht vorrangig um die Erhaltung des Wettbewerbs geht, kann ein starres Ausrichten an einem einzigen Kriterium nicht genügen. Der automatische Schluß von einem Marktanteil auf die Unzulässigkeit einer Fusion würde - wie die Spruchpraxis der englischen Monopolkommission zeigt - der Komplexität der Konzentrationsfälle nicht gerecht werden.

37) Vgl. BMWi - I B 5 - 22 13 53, abgedruckt z.B. bei: Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 125 ff. in einer synoptischen Übersicht über alle drei erschienenen Entwürfe.

38) Vgl. hierzu statt vieler die Kritik von Rittner, Der Betrieb 1970, S. 669 ff., 717 ff. (719), sowie Steindorff, Betriebs-Berater 1970, S. 824 ff. (829)

Vielmehr wird es auch bei der Handhabung des deutschen Rechts vor allem darauf ankommen, in einer Gesamtschau aller relevanten Aspekte die Ressourcen der fusionierenden Unternehmen zu bewerten.

Bei gewissen Marktanteilsgrößen wird die Kartellbehörde durch den Vermutungstatbestand von der Beweislast bezüglich eines Marktbeherrschungsnachweises befreit. Um in Einzelfällen einem berechtigten Konzentrationsbedürfnis nicht im Wege zu stehen, wurde die ministerielle Gemeinwohlklausel und die Abwägungsklausel für das BKA eingeführt.

Diese Erweiterungen brachten dem GWB n.F. aber den Nachteil ein, daß die in den §§ 22 - 24 b vorgesehene Regelung an Kompliziertheit kaum mehr zu überbieten ist. Mit den Aufgreif- und Eingriffskriterien, der marktbeherrschenden Stellung und der überragenden Marktstellung, dem Vermutungstatbestand und den Toleranzklauseln etc. wurden die Vorschriften der Fusionskontrolle überladen und unübersichtlich. Es scheint jedoch, als sei dies der unabdingbare Preis, der für die Bestimmtheit und Justiziabilität einerseits und die Sachgerechtigkeit einer Konzentrationskontrolle andererseits bezahlt werden muß.

- b) Besondere Beachtung verdient die bereits erwähnte Ressourcen-Theorie. ³⁹⁾ Danach sind bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen eine überragende Marktstellung besitzt, zu berücksichtigen: der Marktanteil, die Finanzkraft, der Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, die Verflechtungen mit anderen Unternehmen, sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer

39) Vgl. ausführlich oben: 2. Teil, E III b)

Unternehmen. Durch diese Marktmacht-Indikatoren kann das Ausmaß des wettbewerblichen Verhaltensspielraums eines Unternehmens durch das Bundeskartellamt nun besser bestimmt werden. Das so gewonnene Urteil wird für alle Beteiligten transparenter und ist nicht mehr dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt. Die Normierung dieser Subkriterien läßt die berechnete Hoffnung zu, daß die Kontrollentscheidungen des BKA eher vorhersehbar und gleichmäßiger sein werden, als dies bei den Urteilen der englischen MK der Fall sein kann.

Neben der Bestimmtheit des Eingriffskriteriums im Gegensatz zur englischen Gemeinwohlklausel stellt die Bedeutung des Wettbewerbs einen weiteren wesentlichen Unterschied dar. Die deutsche Konzentrationskontrolle geht strikt von der Wettbewerbssituation aus. Mittels einer Anteilsbestimmung auf dem relevanten Markt werden vorwiegend horizontale Konzentrationsvorgänge erfaßt (ohne dabei die übrigen Ressourcen zu übersehen); und mit Hilfe der Indizien für eine überragende Marktstellung sollen bei vertikal und diagonal konzentrierten Unternehmen überragende Verhaltensspielräume auf die horizontale Ebene projiziert werden.

Die nach englischem Recht mögliche großzügige Berücksichtigung von Rationalisierungsvorteilen will das deutsche Gesetz nicht zulassen. In der Begründung zum RegE⁴⁰⁾ wird klar ausgesprochen, daß § 24 eine Abwägung zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungsvorteilen nicht generell vorsehe. Dies wird damit begründet, daß eine Behörde nur schwer die Wirkungen eines Zusammenschlusses auf die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen voraussagen könne, weil diese Frage häufig auch für die Fusionspartner selbst offen sei.⁴¹⁾ Diese Ansicht wird durch die Spruchpraxis der englischen Monopolkommission teilweise widerlegt. Die Kommission hat in einigen Fällen nach eingehenden Untersuchungen und Anhörungen der fusionswilligen Unternehmen und der Beteiligten die vorgetragenen Zukunftserwartungen über die Erreichung von Rationalisierungsvorteilen mit beachtlicher Sachkenntnis zu beurteilen vermocht.⁴²⁾

Indessen spricht ein anderes Argument gegen die generelle Abwägung von Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungsvorteilen: Ohne wirksamen Wettbewerb ist die Realisierung der Rationalisierungsmöglichkeiten und die Weitergabe an die Verbraucher nicht gewährleistet.⁴³⁾ Wirksamer Wettbewerb

40) BT-Drucksache VI/2520, Abschnitt IV, zu § 24

41) Diese Ansicht wird gestützt auf die Untersuchungen der Arbeitsgruppe "Wettbewerbspolitik" des BMW. Dort wird u.a. festgestellt: "Ob ein Konzentrationsvorgang innerbetriebliche Rationalisierungsvorteile mit sich bringt, läßt sich vorab kaum übersehen; Kriterien einer staatlichen Überprüfung von Konzentrationsvorgängen können daher nicht die innerbetrieblichen Faktoren sein." Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1969 vom 11.6.70, BT-Drucksache VI/950 S. 3

42) Vgl. etwa den Fall (12) Barclays Bank/Lloyds Bank/Martins Bank wo die Kosteneinsparungen nicht akzeptiert wurden, sowie (1) Thorn Electrical Industries/Radio Rentals, wo die Rationalisierungsvorteile anerkannt wurden. Dagegen kritisiert Sutherland die Spruchpraxis der MK in einigen Fällen: Sie habe den fusionswilligen Unternehmen häufig unwahrscheinliche Zukunftserwartungen in Bezug auf Kostenersparnisse abgenommen. Er empfiehlt deswegen, von den Unternehmen eine detaillierte Prognose in dieser Hinsicht zu verlangen. A. Sutherland: "The Monopolies Commission in action", 1970, S. 66, 90

43) Vgl. Huffscheid, Konzentration in England, S. 268 ff.

zwingt die Unternehmen zu Kostensenkungen, während ein einmaliger Rationalisierungsvorteil keine Garantie dafür bietet, daß nicht später das Interesse an Kostensenkung abnimmt. ⁴⁴⁾

Aus diesem Grund ist ein Zusammenschluß, der zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, gem. § 24, I GWB n.F. ausnahmsweise und nur dann zulässig, wenn die Rationalisierungsvorteile in einem besonders gelagerten Fall zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen führen und diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Um Auseinandersetzungen über das Vorliegen dieser Bedingungen zu verringern, wurde diese Abwägungsklausel mittels einer Beweislastumkehr so abgefasst, daß die Unternehmen die Tatsachen darzulegen und ggfs. zu beweisen haben. ⁴⁵⁾

Aus diesen Gründen wird man davon ausgehen können, daß mit dem Inkrafttreten der Fusionskontrolle in der BRD Unternehmenszusammenschlüsse deren hauptsächliche Motivation in Rationalisierungsmaßnahmen liegt, - bei zugleich gegebener Marktbeherrschung - weit weniger zugelassen werden, als dies in England bisher der Fall war. Die relative Großzügigkeit, die von der englischen Monopolkommission in dieser Frage bisher gezeigt wurde, wird vom BKA nicht geteilt werden. Die in § 24, I GWB n.F. gewählte Formulierung (vgl. demgegenüber den großzügigeren § 24, I RegE) läßt den Schluß zu, daß Auseinandersetzungen darüber, ob diese Bedingung erfüllt ist oder nicht, nicht allzu häufig sein dürften.

Was die Förderung der Exportfähigkeit der Wirtschaft anlangt, die im englischen Recht bei der Konkretisierung des public interest - Begriffs eine so bevorzugte Stellung einnimmt, so sieht hierfür auch das deutsche Recht eine Regelung vor.

44) Vgl. die Begründung zum RegE, a.a.O., zu § 24

45) Vgl. hierzu die im Sachverständigengutachten vom 22.11.71, BT-Drucksache VI/2847, Ziff. 398 vorgetragenen Bedenken zum RegE vom 19.5.71, dessen Wortlaut noch weniger eindeutig war.

Ausnahmsweise kann im Wege der "Ministererlaubnis" gem. § 24, III ein an sich wettbewerbsbeschränkender Zusammenschluß zugelassen werden, sofern im konkreten Fall die Erhaltung einer leistungsfähigen Exportwirtschaft im Sinne eines gesamtwirtschaftlichen Vorteils die Erlaubnis erforderlich macht.⁴⁶⁾ Um eine Auslegungshilfe zu geben, wurde folgender Zusatz in § 24, III eingeführt: "... hierbei (gemeint: bei der Ausnahmeerlaubnis) ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen." Es ist kaum möglich, vorherzusagen, mit welcher Häufigkeit der Minister von dieser Ausnahmeerlaubnis Gebrauch machen wird. Der Wortlaut des Gesetzes setzt hier enge Grenzen. Aber auch die weniger problematische Struktur der deutschen Exportwirtschaft gegenüber der englischen mindert die Bedeutung dieser Frage im Bereich der deutschen Konzentrationskontrolle.

Durch die in § 24, VIII GWB n.F. eingeführten "Toleranzklauseln" verliert das Gesetz seine Starrheit und kann sich auf die gesamtwirtschaftlich relevanten Konzentrationsvorgänge beschränken. Es können danach nur Unternehmenszusammenschlüsse verboten werden, die Großunternehmen betreffen (mit wenigstens 500 Millionen DM Jahresumsatz), die Wettbewerbsbeschränkungen wenigstens in einem wesentlichen Teil der BRD zur Folge haben und die sich auf einem Markt auswirken, auf dem wenigstens 10 Milliarden DM jährlich umgesetzt werden. Freilich wird erst die zukünftige Anwendung des Gesetzes zeigen, ob diese quantitativen Kriterien geeignet sind, um alle wettbewerbsrechtlich relevanten Fusionsvorhaben zu erfassen. Deshalb scheint eine Änderung des GWB n.F. im Bereich dieser Toleranzklauseln am ehesten in Frage zu kommen.

46) Vgl. zuletzt den Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13.6.73, BT-Drucksache 7/765, S. 8

Insgesamt wird man von den in der Kartellrechts-Novelle normierten Aufgreif- und Eingreifkriterien sagen können, daß sie - im Vergleich zur englischen Regelung - so angelegt sind, daß sie zu einer intensiveren Kontrolle (das BKA hat keinen Ermessensspielraum ⁴⁷⁾) zum Zwecke einer entschlossenen Erhaltung des Wettbewerbs führen werden. Die Entscheidungen des BKA (in Grenzen auch die des BWM) werden eher vorhersehbar und nachprüfbar sein, als die Vorprüfungen des DTI und die Schlußfolgerungen zu denen die englische Monopolkommission in ihren Reports kommt.

III. Die Kompetenzverteilung im Verfahren:

- 1) Die Grundfrage, ob die Konzentrationskontrolle in die Hände einer Behörde oder in die eines politischen Organs zu legen ist, hat weitreichende Bedeutung. Dies zeigt die seit 1965 in Großbritannien praktizierte Konzentrationskontrolle sehr deutlich. Die englische als Wirtschaftslenkung ausgestaltete Konzentrationskontrolle verleiht dem Wirtschaftsminister die wesentlichen Kompetenzen im Kontrollverfahren.

Die Kontrolle eines Fusionsfalles nach englischem Recht läßt sich - wie oben dargestellt wurde - in 3 Phasen einteilen:

- 1) Voruntersuchung durch das Wirtschaftsministerium
- 2) die Untersuchung durch die MK und
- 3) die Anordnung und Durchführung von Maßnahmen durch das Wirtschaftsministerium.

Der ersten Phase, dem Initiativrecht des DTI kommt eine große Bedeutung zu. Das Ministerium filtert die Vorhaben aus, bei denen es eine Gefährdung des öffentlichen Interesses für unwahrscheinlich hält. In den Jahren 1965 - 1968 fielen diese politischen Entscheidungen dergestalt aus, daß das DTI 318 Fusionsfälle einer Voruntersuchung unterzog und davon nicht mehr als 10 einer weiteren Überprüfung durch

47) § 24, II S. 1 GWB n.F. sieht nur eine Untersagung und keine Genehmigung durch das BKA vor.

die MK zuführte. Die eindeutige Konzentrationsfreundlichkeit der englischen Regierung in dieser Zeit führte somit dazu, daß der Konzentrationskontrolle im Wirtschaftsleben kaum Bedeutung zugewiesen wurde, da von den weitgehenden Möglichkeiten des Gesetzes kaum Gebrauch gemacht wurde.⁴⁸⁾

In diesem Zusammenhang sind auch jene Fälle zu erwähnen, in denen die Kommissionsentscheidung (der ex-post-Kontrolle) beeinflußt war von den durch den Vollzug des Zusammenschlusses geschaffenen vollendeten Tatsachen. Das immer wieder vorgetragene Argument, daß davon auszugehen sei, daß die beteiligten Unternehmen sich schon im eigenen Interesse so früh wie möglich Klarheit über die Zulässigkeit eines Zusammenschlusses verschaffen werden,⁴⁹⁾ wird insofern von den englischen Erfahrungen teilweise widerlegt. Für die zukünftige deutsche ex-post-Kontrolle wird diese Prämisse nur dann zutreffen, wenn das BKA für eine konsequente Handhabung der Fusionskontrolle sorgt. Unter diesen Aspekten muß die ex-ante-Kontrolle des § 24 a GWB n.F. mit ihrer Begrenzung auf Umsatzmilliardäre der englischen Lösung vorgezogen werden.

Obwohl die Mängel der Regelung, das Initiativrecht einer politischen Institution zu übertragen, in Großbritannien durchaus erkannt werden, wird es bei dem dort praktizierten System wohl bei einer nach politischen Kriterien handelnden Eingangsinstanz bleiben müssen. Es bestehen zwar Bestrebungen, der MK wenigstens ein Vorschlagsrecht für die Untersuchung

48) Diese Konzentrationspolitik wird von Huffs Schmid kritisiert: "Die Bedeutung des Wirtschaftsministeriums liegt vielmehr nicht in den Maßnahmen, die es nach Abschluß eines Berichtes der MK ergreift oder nicht ergreift, sondern in den Schritten, die es nach Bekanntwerden einer unter die Bestimmungen des Gesetzes fallenden Fusion oder Fusionsabsicht unternimmt und die in den meisten Fällen dazu führen, daß die MK erst gar nicht in Aktion tritt ... Die entscheidenden Maßnahmen des Wirtschaftsministeriums bestehen nicht in Aktionen, sondern im Unterlassen von Aktionen auf der ersten Stufe der Konzentrationskontrolle und dieses Unterlassen bestimmt die gesamte Fusionskontrolle." Huffs Schmid, Konzentrationspolitik in England 1971, S. 147

49) Vgl. zuletzt: Röhling, DB 1973, S. 1590

bestimmter Fragen zu übertragen. ⁵⁰⁾ Dennoch werden der Kommission echte Initiativkompetenzen verwehrt bleiben, da sie weder juristisch noch politisch verantwortlich handelt. Die Nachteile dieser politisch kontrollierten Initiativmaßnahmen bestehen einmal in der Gefahr, daß Politiker von Seiten der Industrie leichter unter Druck gesetzt werden können; ferner tragen die mitunter anzutreffenden personellen Verflechtungen von Politik und Industrie nicht zur Objektivierung der zu treffenden Entscheidung bei. Häufiger parteipolitischer oder personeller Wechsel im Ministerium kann einer konsequenten Konzentrationspolitik im Wege stehen. Schließlich kann man von einer erfahrenen Behörde wie z.B. dem BKA eher ein gleichmäßiges Aufgreifen von Zusammenschlußvorhaben erwarten.

In der Diskussion um die Novellierung des deutschen Kartellrechts war die Kompetenzverteilung hinsichtlich des Initiativrechtes nie bestritten. Richtigerweise wurde diese Aufgabe in allen Gesetzentwürfen dem BKA zugesprochen. Diese Behörde hat, gebunden an die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen, die keinen Ermessensspielraum enthalten, Fusionsvorhaben aufzugreifen, ohne etwaige Pressionen durch die betroffenen Unternehmen fürchten zu müssen. Durch quantitative Aufgrieffkriterien wird zusätzlich für die fusionswilligen Unternehmen die Vorhersehbarkeit der Entscheidung erleichtert und eine Gleichbehandlung gewährleistet.

- 2) Die englische Konzentrationspolitik basiert zu einem wesentlichen Teil auf der Publizität des Verfahrens. Bereits bei der Parlamentsdebatte zum ersten Monopolgesetz am 22.4.1948 ging der damalige Wirtschaftsminister Wilson davon aus, daß eine weite Publizität wettbewerbsbeschränkender Praktiken viele Unternehmen veranlassen werde, von diesen Praktiken abzulassen. ⁵¹⁾ Die Öffentlichkeit des Verfahrens im Bereich

⁵⁰⁾ Vgl. oben: 1. Teil, § 2 C. I mit Fn. 56 ff., sowie 2. Teil E. V., 1. Das Initiativrecht mit Fn. 19

⁵¹⁾ Vgl. Parliamentary Debates (Hansard) H.C. vom 22.4.1948, vol. 449, col. 2027

der Fusionskontrolle beginnt mit der Veröffentlichung eines Untersuchungsauftrags durch das DTI und die MK in der Tages- und Fachpresse, setzt sich in Hearings mit den von der Fusion betroffenen Wirtschaftskreisen fort und endet mit der Veröffentlichung eines ausführlichen Reports der MK über das untersuchte Zusammenschlußvorhaben. Diese vom englischen Gesetz vorgesehene Publizitätspolitik ist aus mehreren Gründen zu begrüßen: Einmal dient sie der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung vor dem Gesetz, zum anderen führt sie zu einer Beteiligung aller Betroffenen, so daß nicht nur jene Argumente vorgetragen werden, die für die Fusion sprechen; und nicht zuletzt dient die Veröffentlichung von Kontrollmaßnahmen auch der Bewußtseinsbildung breiter Kreise, denen das Problem der Konzentration in der Wirtschaft auf diese Weise näher gebracht wird.

Es wurde allerdings bereits gesagt, daß es ein Nachteil des englischen Gesetzes ist, daß die Ingangsetzung dieser Publizitäts- und Informationsmaschinerie in das Belieben der Regierung gesetzt ist. Insbesondere die Konzentrationspolitik der englischen Regierung (gemeint ist hier das DTI, nicht die Monopolkommission) bis zum Ende der 60-er Jahre hat gezeigt, "daß die Regierung nicht gewillt ist, alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um die Vorgänge der Konzentration in der Wirtschaft auch nur transparent zu machen und damit die Grundlage einer effektiven Kontrolle zu schaffen."⁵²⁾

Es stellt sich die Frage, inwieweit im deutschen Recht die Möglichkeiten, die sich insbesondere dem BKA aus dem Mittel der Informations- und Publizitätspolitik ergeben, intensiv ausgeschöpft werden können. Die grundsätzliche Publizität der Kartellaufsicht ist unbestritten. Sie drückt sich in einer Reihe von speziellen Gesetzesermächtigungen im GWB aus

52) So die Kritik von Huffschmid, a.a.O., S. 256

(vgl. §§ 9 Abs. 6; 10; 16 Abs. 5, 6; 28 ff. 49; 50). Was diese Spezialvorschriften anlangt, so hat die Kartellrechtsnovelle keine zusätzlichen Ermächtigungen für den Bereich der Fusionskontrolle gebracht. Es ließe sich deshalb die rechtspolitische Frage stellen, inwieweit in Zukunft nach englischem Vorbild Regelungen normiert werden sollten, die der Publizität der Kontrollmaßnahmen dienen könnten. Ohne hierauf im einzelnen eingehen zu wollen, sei auf die oben erwähnten Publizitätsmittel hingewiesen (Veröffentlichung des Untersuchungsauftrages in der Tages- und Fachpresse, Hearings, über das Parlament veröffentlichte Reports).

Abgesehen von Informationsmaßnahmen des BKA aufgrund spezieller Gesetzesermächtigungen, ist diese Behörde auch allgemein befugt, Informationen über einzelne Aufsichtsmaßnahmen an die Öffentlichkeit zu bringen. Diese Befugnis entspricht nicht nur jener grundsätzlichen Tendenz zu einem Mehr an Publizität für Exekutive und Exekutivakte, ⁵³⁾ die auf eine "öffentliche Verwaltung" im Sinne einer höchstmöglich transparenten, zugänglichen und informierenden Verwaltung ⁵⁴⁾ zielt. Das Recht des BKA zu kartellamtlicher Information ergibt sich nach Scholz ⁵⁵⁾ vor allem auch aus einem öffentlichen Interesse von Markt und Verbraucher an der Publikation bestimmter vom BKA geahndeter Wettbewerbsverstöße. Der Sinn der Publizitätsbestimmungen des GWB ist nach Martens ⁵⁶⁾, daß die Öffentlichkeit der Transparenz des Marktes und der Information der Marktpartner zu dienen habe; sie soll als "Instrument präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle" wirksam werden. Ausgehend von diesen Grundsätzen sollte das BKA die von ihm seit längerem betriebene Informationspolitik gerade im Hinblick auf

53) Vgl. näher bes. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 103 ff.

54) So Scholz, NJW 1973, S. 482

55) NJW 1973, S. 485; er sieht dieses öffentliche Interesse im Wesen von Wettbewerb, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsaufsicht begründet, wobei dies vor allem die Schutzgüterordnung des GWB beweise, die den Wettbewerb als staatlich kontrollierte und gesellschaftspolitisch aktive Veranstaltung begreife.

56) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 56 ff.

die allgemein geforderte Transparenz der Fusionskontroll-Entscheidung beibehalten und weiter ausbauen. Über die jährlichen Tätigkeitsberichte hinaus sollte das BKA (trotz des alle 2 Jahre zu erstellenden Gutachtens der MK) durch einzelne Presseinformationen über die jeweils anhängigen Fusionsfälle berichten. Ferner sollten nach getroffener Entscheidung die für das Votum tragenden Gründe veröffentlicht werden.

- 3) Die Stellung, die die MK im GWB n.F. erhalten hat, ist nicht zu vergleichen mit der der englischen MK. Die deutsche MK soll losgelöst von den konkreten Fusionsfällen alle 2 Jahre die Konzentrationsentwicklung und -politik begutachten. Damit erhält sie eine Aufgabe, die das BKA schon heute insbesondere in den jährlichen Tätigkeitsberichten durchweg befriedigend erfüllt. Es wurde in jüngster Zeit erneut geprüft, ob sie an der sog. Ministererlaubnis gem. § 24, III zu beteiligen sei.⁵⁷⁾ Dieser Vorschlag (eine Ministererlaubnis gegen das Votum der MK nicht zuzulassen) wurde zu Recht abgelehnt. In der Begründung wird u.a. auf die fehlende parlamentarische Kontrolle über eine solche Kommissionsentscheidung hingewiesen. Hinzu kommt aber vor allem der Nachteil, daß zu dem zweistufigen Verwaltungsweg (BKA und BWM) und dem zweistufigen Rechtsmittelweg (OLG⁵⁸⁾ und BGH) die Entscheidung einer weiteren Instanz ein Mammutverfahren entstehen ließe. Da bei der jetzigen Kompetenzverteilung zwischen BKA und BWM keine Funktion mehr bleibt, die bedeutsam genug wäre, um deswegen eine MK neu einzurichten, wäre es besser gewesen, auf diese Institution ganz zu verzichten, wie dies zuletzt auch vom Rechtsausschuß des Bundestages vorgeschlagen wurde.⁵⁹⁾

57) Vgl. den Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages vom 13.6.73, BT-Drucksache 7/765, S. 8 über die Erörterung dieser Frage, nachdem die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion für eine Beteiligung der MK eingetreten sind.

58) Gem. § 62, IV S. 1 GWB n.F. entscheidet in den Fällen der §§ 24 und 24 a das für den Sitz des BKA zuständige OLG (Kammergericht), und zwar auch dann, wenn sich die Beschwerde gegen eine Verfügung des BWM richtet.

59) BT-Drucksache 7/765, Anlage 1, S. 15

Verzeichnis der seit 1965 ergangenen Reports

über Zusammenschlußvorhaben.

Fusionswillige Unternehmen	Report ver- öffentlicht	Untersuchungs- ergebnis
. British Motor Corporation Ltd. mit Pressed Steel Comp. Ltd.	25. 1.1966 House of Commons No 46	keine Einwendungen
. Ross Group Ltd. mit Associated Fisheries Ltd.	18. 5.1966 House of Commons No 42	abgelehnt
. Amalgamated Dental Co.Ltd. mit entweder Dentists' Supply Co. of New York oder Dental Manufacturing Co.Ltd.	9. 8.1966 House of Commons No 147	keine Einwendungen
+ The Times Newspaper mit The Sunday Times Newspaper	20.12.1966 House of Commons No 273	keine Einwendungen
. Guest, Keen & Nettlefolds Ltd. mit Birfield Ltd.	17. 1.1967 Cmnd. 3186	keine Einwendungen
. British Insulated Callen- der's Cables Ltd. mit Pyrotenax Ltd.	31. 5.1967 House of Commons No 490	keine Einwendungen
. United Drapery Stores Ltd. mit Montague Burton Ltd.	14. 9.1967 Cmnd. 3397	abgelehnt
+ Thomson Newspapers Ltd. mit Crusha & Son Ltd.	17. 1.1968 House of Commons No 66	keine Einwendungen
. Barclays Bank Ltd. mit Lloyds Bank Ltd. mit oder ohne Martins Bank Ltd.	15. 7.1968 House of Commons No 319	mit 6:4-Mehrheit abgelehnt
. Thorn Electrical Industries Ltd. mit Radio Rentals Ltd.	23. 7.1968 House of Commons No 318	keine Einwendungen

11. Unilever Ltd. mit Allied Breweries Ltd.	9. 6.1969	House of Commons No 297	keine Einwendungen
12. Rank Organisation Ltd. mit De La Rue Company Ltd.	9. 6.1969	House of Commons No 298	abgelehnt
13. ⁺ George Outram & Company Ltd. mit Hamilton Advertiser Ltd. mit Baird & Hamilton Ltd.	20. 1.1970	House of Commons No 76	keine Einwendungen
14. British Sidac Ltd. mit Transparent Paper Ltd.	12.11.1970	House of Commons No 154	abgelehnt
15. ⁺ Berrow's Organisation Ltd. mit The County Express Group	24. 4.1972	House of Commons No 224	keine Einwendungen
16. Glaxo Group Ltd. mit Beecham Group Ltd. oder The Boots Company Ltd.	12. 7.1972	House of Commons No 341	abgelehnt

+ Diese 4 Fusionsvorhaben stammen aus dem Bereich des Pressewesens und sind nach dem Monopolies and Mergers Act, 1965 besonderen Kriterien unterworfen. Sie wurden deshalb hier nicht weiter behandelt.

Monopolies and Mergers Act, 1965
(Auszüge)¹⁾

6.-(1) Wenn das Handelsministerium der Ansicht ist, daß tatsächlich oder wahrscheinlich

a) zwei oder mehr Unternehmen, von denen mindestens eines in Großbritannien gewerblich tätig ist oder unter der Kontrolle einer in Großbritannien eingetragenen Gesellschaft steht, innerhalb der letzten 6 Monate aufgehört haben, als getrennte Unternehmen zu bestehen; und wenn

b) entweder

(i) sich die folgenden Verhältnisse hinsichtlich des Angebots von Waren oder Dienstleistungen irgendeiner Art daraus ergeben oder verschärfen, wenn nämlich hinsichtlich des Angebots von Waren irgendeiner Art mindestens ein Drittel dieser Waren, die in Großbritannien oder in einem seiner wesentlichen Teile angeboten werden, von oder gegenüber irgendeiner Person angeboten werden oder von oder gegenüber den Personen, welche die Unternehmen führen (sofern sie fortgeführt werden) oder wenn hinsichtlich der Erbringung von Dienstleistungen irgendeiner Art mindestens ein Drittel der in Großbritannien oder in einem seiner wesentlichen Teile von oder gegenüber irgendeiner Person erbracht werden oder von oder gegenüber den Personen, welche die Unternehmen führen (sofern sie fortgeführt werden); oder

(ii) der Wert der übernommenen Vermögensanteile fünf Millionen Pfund übersteigt;

6.-(1) Where it appears to the Board of Trade that it is or may be the fact that-

a) two or more enterprises, one at least carried on in the United Kingdom or by or under the control of a body corporate incorporated in the United Kingdom, have, not earlier than six months previously, ceased to be distinct enterprises; and

b) either

(i) as a result, the following conditions prevail, or do so to a greater extent, as respect the supply of goods or services of any description, that is to say, as respects the supply of goods of any description, at least one-third of the goods of that description which are supplied in the United Kingdom or any substantial part thereof are supplied by or to any one person, or by or to the persons by whom the enterprises (so far as they continue to be carried on) are carried on, or, as respects the supply of services of any description, the supply of services of that description in the United Kingdom or any substantial part thereof is, to the extent of at least one-third, by or for any one person, or by or for the persons by whom the enterprises (so far as they continue to be carried on) are carried on; or

(ii) the value of the assets taken over exceeds five million pounds;

1) Auszüge des britischen Monopolies and Mergers Act, 1965; Quelle: Dokumentation in WuW 1972, S. 300 ff. (311 ff.)

kann das Handelsministerium -wenn es dies für zweckmäßig hält- die Gelegenheit an die Kommission zur Untersuchung und Berichterstattung verweisen. In diesem Fall ist der Untersuchungsauftrag in der Weise bekanntzugeben, die dem Ministerium zur Unterrichtung aller betroffenen Personen am geeignetsten erscheint.

Absatz (b) (i) findet keine Anwendung auf Fälle, in denen das Vorliegen der fraglichen Verhältnisse durch einen Gesetzgebungsakt oder in Verfolg eines solchen -mit Ausnahme der Bestimmungen, die sich auf Patente und Warenzeichen beziehen- ausdrücklich erlaubt wurde.

(2) Nach Erteilung eines Untersuchungsauftrages aufgrund dieser Vorschrift führt die Kommission Untersuchungen durch und erstattet Bericht über den Sachverhalt, d.h. (vorbehaltlich des in Abs. 4 Bestimmten) über die Frage, ob die Voraussetzungen des Abs. 1 (a) und (b) gegeben sind. Stellt die Kommission fest, daß diese Voraussetzungen erfüllt sind, so hat sie weiter zu untersuchen und darüber zu berichten, ob die Tatsache, daß Unternehmen unter den Umständen des gegebenen Falles aufgehört haben, als getrennte Unternehmen zu bestehen, dem öffentlichen Interesse widerspricht oder widersprechen könnte. Stellt die Kommission auch dies fest, so hat sie zu prüfen, ob und welche Maßnahmen (gleichgültig ob nach diesem Gesetz oder auf andere Weise, ob durch einen Minister, ein Ministerium, eine sonstige Behörde oder die betroffenen Parteien selbst) zu ergreifen sind, um die tatsächlich oder wahrscheinlich sich daraus ergebenden Mißstände zu beseitigen oder zu verhindern; sie kann, wenn sie dies für zweckmäßig hält, in ihrem Bericht solche Maßnahmen empfehlen.

the Board of Trade may, if they think fit, refer the matter to the Commission for investigation and report and, if they do so, shall publish the reference in such manner as they think most suitable for bringing it to the notice of the persons affected:

Provided that paragraph (b) (i) above shall not apply where the prevalence of the conditions in question is expressly authorised by or under any enactment, other than the enactments relating to patents and trade marks.

(2) On a reference under this section the Commission shall investigate and report on the fact that is to say (subject to subsection (4) below) on the question whether subsection (1) (a) and (b) above are satisfied; and if the Commission find they are satisfied, the Commission shall also investigate and report whether the fact of the enterprises having ceased, in the circumstances of the case, to be distinct enterprises operates or may be expected to operate against the public interest; and if the Commission so find, the Commission shall consider whether any and if so what action (whether under this Act or otherwise and whether by a Minister of the Crown, Government department or other authority or by the parties concerned themselves) should be taken to remedy or prevent any mischief which result, or may be expected to result, and may, if they think fit, include recommendations as to such action in their report.

(3) ...

(4) Ein Untersuchungsauftrag aufgrund dieser Vorschrift kann (soweit er sich auf die Untersuchung und Berichterstattung über den Sachverhalt bezieht) so gefaßt sein, daß entweder Unterabsatz (i) oder (ii) des Abs. 1b von der Prüfung ausgenommen ist oder daß eine von beiden Bestimmungen unberücksichtigt bleiben kann, wenn die Kommission feststellt, daß der Tatbestand der anderen erfüllt ist; hinsichtlich des Abs. (b) (i) kann die Verweisung an die Kommission so gefaßt sein, daß die Untersuchung auf das Angebot von Waren oder Dienstleistungen in einem bestimmten Teil von Großbritannien zu beschränken ist.

(5) ...

(6) Wird der Kommission aufgrund dieser Vorschrift ein Untersuchungsauftrag erteilt, so hat die Kommission ihren Bericht über die an sie verwiesene Angelegenheit innerhalb einer vom Handelsministerium im Untersuchungsauftrag genannten Frist von höchstens sechs Monaten, vom Zeitpunkt der Verweisung an gerechnet, oder innerhalb einer weiteren, vom Handelsministerium eingeräumten Frist von nicht mehr als drei Monaten abzugeben. Das Handelsministerium soll eine Verlängerung der im Untersuchungsauftrag angegebenen Frist nur auf Antrag der Kommission gewähren und nur, wenn glaubhaft gemacht wird, daß besondere Gründe dafür vorliegen, daß der Bericht nicht innerhalb der angegebenen Frist vorgelegt werden kann. Wird ein Bericht nach Ablauf der in diesem Absatz vorgesehenen Fristen erstattet, so darf er nicht veröffentlicht werden, und weitere auf ihn gegründete Maßnahmen sind nicht zu treffen.

(7) ...

(8) - (13) ...

(3) ...

(4) A reference under this section may (so far as relates to the investigation and report on the facts) be so framed as to exclude from consideration either sub-paragraph (i) or sub-paragraph (ii) of subsection (1) (b) above, or to exclude it from consideration if the Commission find the other satisfied; and as regards sub-paragraph (b) (i) the reference may be so framed as to require the Commission to confine their investigation to the supply of goods or services part of the United Kingdom.

(5) ...

(6) Where a reference is made to the Commission under this section, it shall be the duty of the Commission to make their report on the matter referred within such period not exceeding six months, from the date on which the reference is made as may be specified by the Board of Trade in the reference or within such further time, not exceeding three months, as the Board of Trade may allow; but the Board shall not extend the time beyond the period specified in the reference except on representations made to them by the Commission and on being satisfied that there are special reasons why the report cannot be made within the period so specified, and if a report is made after the time allowed by this subsection, it shall not be published and no further proceedings shall be taken on it.

(7) ...

(8) - (13) ...

7.-(1) Die Auslegung und Wirkung von § 6 dieses Gesetzes richtet sich nach dieser Vorschrift.

(2) "Unternehmen" im Sinne des § 6 bedeutet die volle oder teilweise Ausübung einer Geschäftstätigkeit oder eines Gewerbes; und zwei Unternehmen sind dann als Unternehmen zu behandeln, die aufgehört haben, als getrennte Unternehmen zu bestehen, wenn sie in gemeinsames Eigentum oder unter gemeinsame Kontrolle gebracht worden sind (gleichgültig, ob das Gewerbe oder die Geschäftstätigkeit, die beide vordem ausübten, unter den gleichen oder unter anderen Eigentums- oder Kontroll-Verhältnissen fortgeführt werden oder nicht) oder auch, wenn infolge einer Regelung oder eines Rechtsgeschäfts, die getroffen wurden, um den Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken, eines der Unternehmen seine Geschäftstätigkeit überhaupt einstellt.

(3) - (9) ...

(10) Bei der Überlegung, ob sich die Tatsache, daß Unternehmen aufhören, getrennte Unternehmen darzustellen, im Sinne des vorgenannten § 6 (2) tatsächlich oder wahrscheinlich gegen das öffentliche Interesse auswirkt, sind von der Kommission alle Angelegenheiten zu berücksichtigen, die unter den besonderen Umständen des betreffenden Falles erheblich erscheinen, und (unter anderem) alle Gesichtspunkte zu beachten, auf die das Ministerium sie von Zeit zu Zeit aufmerksam macht; jede Anweisung aufgrund dieses Absatzes ist vom Handelsministerium in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

8.-(1) - (7) Fusionskontrolle bezügl. Presseerzeugnisse

9.-(1) - (4)

7.-(1) Section 6 of this Act shall be construed and have effect subject to and in accordance with the provisions of this section.

(2) For purposes of section 6 "enterprise" means the activity of a trade or business; and two enterprises are to be treated as ceasing to be distinct enterprises if at any time they are brought under common ownership or control (whether or not the trade or business to which either of them formerly belonged continues to be carried on under the same or different ownership or control) or if either enterprise ceases to be carried on at all and does so under or in consequence of any arrangements or transaction entered into to prevent or restrict competition between the enterprises.

(3) - (9) ...

(10) In considering for the purposes of section 6 (2) above whether the fact of enterprises having ceased to be distinct enterprises operates or may be expected to operate against the public interest, the Commission shall take into account all matters which appear in the particular circumstances to be relevant and have regard (amongst other things) to any matters to which the Board may from time to time direct them to have regard and the Board shall publish any direction under this subsection in such manner as they think fit.

8.-(1) - (7)

9.-(1) - (4)

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare und Zeitschriftenaufsätze:

- A l l e n, G.C.: Monopoly and Restrictive Practices, London 1968
- A n d r e a e, C.A.: Das Prinzip der gegengewichtigen Marktmacht als Ansatzpunkt für die Wettbewerbspolitik, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schrö Vfs, Neue Folge, Bd. 48, hrsg. von H.K. Schneider, Berlin 1968
- A n d r e a e, C.A.: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaft I, Machtkonflikt und Machtkonkurrenz in der Marktwirtschaft, FiW-Schriftenreihe Heft 33, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- A r n d t, H.: Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle, Kritik Bd. II, Köln und Opladen 70
- A r n d t, H.: Die Konzentration der westdeutschen Wirtschaft, Pfullingen 1966
- A r n d t, H.: Herausgeber, Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I und II, 2. Aufl., Berlin 1971
- A x s t e r, H.: Art. 86 EWG-Vertrag als Instrument der Fusionskontrolle? WuW 1971, 758 - 763
- B a l l e r s t e d t, K.: Vertragsfreiheit und Konzentration, Rechtsprobleme einer Begründung und Bindung von Marktmacht, S. 537 - 578 in: Die Konzentration in der Wirtschaft herausgegeben von H. Arndt Bd. I, Berlin 1971
- B a l l e r s t e d t, K.: Das Verhältnis von Recht und Wirtschaft als Aufgabe der Forschung und der Gestaltung, in: Gewerkschaft, Gesellschaft Köln 1963, S. 29 ff. Wirtschaft,
- B a r n i k e l, H.-H.: Wettbewerb und Monopol, Darmstadt 1968
- B a r t h o l o m e y c z i k, in Gemeinschaftskommentar zum GWB und Europäischen Kartellrecht, §§ 22 - 24, hrsg. von H. Müller-Henneberg, G. Schwartz, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1963

- B a u r, J.F.: Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
- B e c k m a n n, P.: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, Bad Homburg, v.d.H., Berlin, Zürich 1968
- B e n i s c h, W.: Leitfaden des Board of Trade zur Fusionskontrolle, WuW 1969, 665 - 670
- B e n i s c h, W.: Die Problematik einer nationalen Konzentrationskontrolle, WuW 1970, 93 - 98
- B e n i s c h, W.: Festschrift für Kaufmann, Köln-Marienburg 1972 S. 85
- B e r g, F.: Nachteile einer nationalen Fusionskontrolle für die deutsche Industrie, WuW 1971, 10 - 15
- B i e d e n k o p f, K.H.: Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 113 - 135
- B i e r l i n g, W.: Die bisherige Anwendung des britischen Monopolgesetzes von 1965, WuW 1967, 726-733
- B i e r l i n g, W.: Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in Großbritannien, WRP 1970, 41-45
- B i e r l i n g, W.: Großbritannien, Novellierung der Monopol- und Kartellgesetzgebung beabsichtigt, WuW 1971, 185
- B i e r l i n g, W.: Untersuchung einer Pressekonzentration durch die britische Monopolkommission, in: WuW 1968, 235 - 241
- B ö h m, F.: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
- B ö h m, F.: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO XVII, Düsseldorf, München 1966
- B o g g i s, F.D.: Die Überwachung von marktbeherrschenden Unternehmen in Großbritannien, WuW 1962, 803 - 818
- B o r c h e r t, M.: Wettbewerbspolitische Kriterien von diversifizierten Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1970, 257 - 271
- B ö r n e r, B.: Staatsmacht und Wirtschaftsfreiheit, Bad Homburg, v.d.H., Berlin, Zürich 1970

- B o w G r o u p: Monopolies & Mergers, C.P.C. Number 270,
London 1963, Übersetzung in: Marktbeherrschung und
Konzentration WuW-Schriftenreihe Heft 11, Düsseldorf 1965
- B r u n n, J.H.v.: Gedanken und Vorschläge für ein besseres Wett-
bewerbsgesetz, WuW 1972, 145 - 159
- B u l l i n g e r, M.: Staatsaufsicht in der Wirtschaft, in:
Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutsch. Staats-
rechtslehrer, Heft 22, Berlin 1965
- C a l l m a n n, Das deutsche Kartellrecht, Berlin 1934
- D ü r r h a m m e r, W.: Über die Bestimmung eines Konzentrations-
grades, WuW 1959, 806 - 807
- D ü r r h a m m e r, W.: Wettbewerb, Konzentration und die Frage
der Kontrolle der Marktmacht, in: Konzentration ohne
Kontrolle, Kritik Bd. II, Köln und Opladen 1970
- D ü r r h a m m e r, W.: Konzentration und Wettbewerb in: Zehn Jahre
Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968
- D ü r r h a m m e r, W.: Das Problem der Unternehmenskonzentration
aus ordnungspolitischer Sicht, in: Arbeitsgemeinschaft
für Rationalisierung Heft 110, Dortmund 1969
- E b e l, H.-R.: Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkung, WuW 1973, 1577 - 1583 und 1665 - 1671
- E c k s t e i n, W.: Ökonomische Kriterien für eine Kontrolle von
Unternehmenszusammenschlüssen unter besonderer Be-
rücksichtigung der Verhältnisse in Großbritannien,
AWD des Betriebs-Beraters 1970, 1 - 8
- E u c k e n, W.: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Auflage,
Tübingen, Zürich 1960
- F i k e n t s c h e r, W.: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung,
Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- F i k e n t s c h e r, W.: Die Interessengemeinschaft, eine ge-
sellschafts- und kartellrechtliche Untersuchung, in:
FIW-Schriftenreihe Heft 30, Köln, Berlin, Bonn, München
1966
- F r a n k f u r t e r K o m m e n t a r zum GWB, Band I und II,
Köln 1958
- F r i e d m a n n, W.: Law in a changinⁿg society, London 1972
- G a b r i e l, S.L.: "Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen"
unter wettbewerbspolitischem Aspekt, WuW 1961, 802-812
- G a l b r a i t h, J.K.: Wirtschaftliches Wachstum, Frankfurt 1967
- G a l b r a i t h, J.K.: Die moderne Industriegesellschaft,
München, Zürich 1968

- G e i t n e r, D.: Die Kontrolle von Unternehmenskonzentrationen im Recht der EWG-Mitgliedsstaaten, WRP 1973, 1 - 6
- G e m e i n s c h a f t s k o m m e n t a r zum GWB und Europäischen Kartellrecht, hrsg. v. H. Müller-Henneberg, G. Schwartz, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- G l e i s s, A.: Kartelle und Monopole, England als Beispiel, Heidelberg 1952
- G r i e s b a c h, B.: Jurist und Volkswirt vor der Fusionskontrolle WuW 1971, 813 - 819
- G r o s s, H. und M e i e r, J.: Größe und Größenstruktur der Unternehmen, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 19, Köln 1964
- G r o s s e r, D.: Einführung zu: Konzentration ohne Kontrolle, Kritik Bd. II, Köln und Opladen 1970
- G ü n t h e r, E.: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkung in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 47, 1960
- G ü n t h e r, E.: Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, Schriftenreihe zum Handbuch für europäische Wirtschaft 11, Baden-Baden 1968
- G ü n t h e r, E.: Probleme der Fusionskontrolle, in: FIW-Schriftenreihe Heft 52, Köln, Berlin, Bonn, München 1970
- G u t o w s k i, A.: Konglomerate Unternehmensgröße und wirtschaftliche Macht, Tübingen 1971
- H ä b e r l e, P.: Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970
- H a i l s h a m and R o b i n M c E w e n: The Law relating to monopolies, restrictive trade practices and resale price maintenance, London 1956
- H a r t m a n n, G.: Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentration, in: FIW-Schriftenreihe, Heft 7, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- H e n r i c h s, H.: Das Monopolisierungsverbot im amerikanischen Antitrustrecht, WuW 1970, 42 - 61
- H i p p e l, F.v.: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Frankfurt 1964

- H i r s c h, E.E.: Kontrolle wirtschaftlicher Macht, 3 Vorlesungen zum GWB, Bern 1958
- H o p p m a n n, E.: Das Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, SchröVfS, Neue Folge, Bd. 48, hrsg. v. H.K. Schneider, Berlin 1968
- H o p p m a n n, E.: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jb. N. St. 179, Stuttgart 1966
- H o p p m a n n, E.: Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: ORDO XVIII, Düsseldorf, München 1967, 77 - 94
- H o p p m a n n, E.: Zum Schutzobjekt des GWB, Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren GWB, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968
- H u e c k, A.: Gesellschaftsrecht, 16. Auflage, München 1972
- H u f f s c h m i d, J.: Konzentrationspolitik in England, Schriftenreihe zur Konzentrationsforschung, Bd. 3, Tübingen 1971
- H u n n i n g s, N.M.: Le contrôle des concentrations en Grande-Bretagne, Institut d'Etudes Européennes, Brüssel, nicht veröffentlicht
- H u p p e r t, W.: Richtlinien für eine Fusionskontrolle, WuW 1971, 461 - 468
- I m m e n g a, U.: Der Einfluß der Banken bei Fusionen ist schädlich, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16.11.1972
- I f o - I n s t i t u t für Wirtschaftsforschung, Patentwesen und technischer Fortschritt, Band I und II, München 1971
- K a n t z e n b a c h, E.: Innovation und Unternehmensgröße, in: Innovation in der Wirtschaft, hrsg. vom Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung, München 1970
- K a n t z e n b a c h, E.: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Wirtschaftliche Studien aus dem Institut für Europäische Wirtschaftspolitik der Universität Hamburg, Heft 1, hrsg. von H. Jürgensen, 1. Aufl. Göttingen 1966 und 2. Aufl. Göttingen 1967

- K a n t z e n b a c h, E.: Für und Wider eine Fusionskontrolle, Marktwirtschaft 1969, Heft 2, 24-25
- K a n t z e n b a c h, E.: Ist eine Fusionskontrolle auf nationaler Ebene erforderlich? WuW 1971, 8 - 15
- K a r t t e, W.: Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, in FIW-Schriftenreihe Heft 49, Köln, Berlin, Bonn, München 1969
- K a r t t e, W.: Fusionskontrolle in der Marktwirtschaft, in: Fusionskontrolle - Für und Wider, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970, S. 87 - 114
- K a u f e r, E.: Die Bestimmung von Marktmacht. Dargestellt am Problem des relevanten Marktes in der amerikanischen Antitrustpolitik, Bern, Stuttgart 1967
- K l a u e, v. L a m p e, M a r k e r t, P e t r y, R e i n i g e r: Zur Problematik der Fusionskontrolle, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 18, Frankfurt 1971
- K l a u s s, G.: Wettbewerb zwischen Freiheit und Staatskontrolle, Bonn 1970
- K n ö p f l e: Zur Novellierung des § 22 GWB, Betriebs-Berater 1970, 717 - 724
- K ö h l e r, K.-H.v.: Das Kartellverbot als Schranke und Inhaltsbegrenzung des Eigentums, DVBl. 1958, 635 - 640
- K o r a h, V.: Monopolies and restrictive practices, Harmondsworth 1968
- K r ü g e r, H.: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage Stuttgart 1966
- L a n g e n, E.: Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Neuwied, Berlin 1967
- L e e, D., A n t h o n y, V.S., S k u s e, A. Monopoly, London 1968
- L e h m a n n - D i e t z: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin, Frankfurt 1970
- L e n e l, H.O.: Ursachen der Konzentration, 1. Aufl., Tübingen 1962, 2. Aufl. Tübingen 1968

- L e o, H.-C. Marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen,
WRP, 1970, 197 - 203
- L i e f m a n n, R.: Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. Auflage,
Stuttgart 1930
- L i l i e n s t e r n, H. Rühle v.: Konkurrenzfähiger durch
zwischenbetriebliche Kooperation,
Stuttgart 1963
- L u h m a n n, N.: Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969
- L u k e s, R.: Wettbewerbsrecht und Konzentration, in: Die
Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, hrsg. v.
H. Arndt, 2. Auflage Berlin 1971, 579 - 601
- M a r k e r t, K.: Modernes Kartellgesetz - aber wie? ZHR 134.Bd.
(1970), 208 - 239
- M a u n z - D ü r i g: Grundgesetz, Kommentar, Bd. I und II,
München 1971
- M e r z, H.: Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik
oder Schutz der persönlichen Freiheit? in:
Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift
zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965,
S. 227 - 259
- M e s t m ä c k e r, E.-J.: Der Bericht der englischen Monopol-
kommission, in: ORDO VIII, Düsseldorf,
München 1956, S. 265 - 281
- M e s t m ä c k e r, E.-J.: Über das Verhältnis des Rechts der
Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht,
in: AcP, Bd. 168 (1968), 235 - 262
- M e y e r - C o r d i n g, U.: Monopol und Marktbeherrschung,
Tübingen 1954
- M ö h r i n g, Ph.: Der gewerbliche Rechtsschutz und die kommende
Kartellgesetzgebung, GRUR 1955, 512 - 518
- M ü l l e r, J.H.: Konzentration und Wettbewerb, in: Die
Konzentration in der Wirtschaft, VfS, Bd. 22,
Berlin 1961, 117 - 133
- M ü l l e r - A r m a c k, A.: Wirtschaftsordnung und Wirtschafts-
politik, Freiburg 1966
- M ü l l e r - G r i e s - G i e s s l e r: Kommentar zum GWB,
Kartellgesetz, 2. Aufl., Frankfurt 1968

- N e i l l - B r e u n i n g, O.V.: Konzentrationsprobleme im gesellschaftlichen Raum, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. v. H. Arndt, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 689 - 707
- P e t r y, H.: Technischer Fortschritt, Integration, internationale Wettbewerbsfähigkeit und Unternehmensgröße, in: JfNST, Bd. 183 (1969), S. 273 ff.
- P l a b m a n n, J.: Wettbewerbspolitischs Leitbild, Freiheitsschutz und GWB, WuW 1970, 779 - 787
- P o o l e - C o m m i t t e e: Monopoly and the Public Interest, C.P.C. No. 273, London 1963, Übersetzung in: Marktbeherrschung und Konzentration, WuW-Schriftenreihe Heft 11, Düsseldorf 1965
- R a i s c h, P.: Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR, Bd. 128, (1966) 161 - 179
- R a i s c h, P.: Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer und gesamtwirtschaftlicher Sicht, in Fusionskontrolle - Für und Wider, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970, S. 11 - 44
- R a s c h, H.: Probleme um "marktbeherrschende Unternehmen", Der Markenartikel 1952, 533 - 542
- R e u t e r, A.L.: Konzentration und Wirtschaftswachstum, Köln und Opladen 1967
- R i t t n e r, F.: Konzentrationsbegriff und Unvermeidbarkeitsdogma in wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Nipperdey-Festschrift II, München, Berlin 1965, S. 531 - 550
- R i t t n e r, F.: Konzentrationskontrolle - aber wie? Der Betrieb, 1970, 669 - 675 und 717 - 722
- R ö h l i n g, E.: Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, Der Betrieb 1973, 1585 - 1591
- R ö p e r, B.: Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen - Untersuchungen über Störungen der Marktwirtschaft, Berlin 1952
- R ö p k e, W.: "Wettbewerb II", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 12, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 29 - 36

- R o w l e y, C.K.: The British Monopolies Commission, London 1966
- S ä c k e r, J.-F.: Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, in: Schriftenreihe: Der Betrieb, Düsseldorf 1971
- S a l i n, E.: Soziologische Aspekte der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, VfS., Bd. 22, Berlin 1961, 16 - 44
- S c h ö n k e - S c h r ö d e r: Strafbgesetzbuch, Kommentar, 16. Aufl., München 1972
- S c h o l z, R.: Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR, Bd. 132, (1969), 97 - 148
- S c h o l z, R.: Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971
- S c h o l z, R.: Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz; insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, in: Schriftenreihe zum öffentlichen Recht, Berlin 1971
- S c h u m p e t e r, J.A.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern 1950
- S c h u s t e r, H.: Kriterien zur Bestimmung von Marktmacht und Marktbeherrschung, in: Marktmacht und marktbeherrschende Verhaltensweisen im Verkehr, hrsg. v. H. St. Seidenfus, Göttingen 1966
- S ö l t e r, A.: Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, WuW 1966, 223 - 262
- S ö l t e r, A.: Von der vollständigen Konkurrenz zum Strukturwettbewerb, WuW 1967, 108 - 130
- S ö l t e r, A.: Das Mischunternehmen in der Wettbewerbsordnung, in: Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration in nationaler und internationaler Sicht, Frankfurter Gespräche der Listgesellschaft 1969
- S ö l t e r, A.: Wider die nationale Fusionskontrolle, in: Fusionskontrolle - Für und Wider, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970, S. 45 - 86
- S ö l t e r, A.: Wie beurteilt die Industrie die zweite Kartellgesetznovelle? WRP 1972, 53 - 57

- S t e i n, E.: Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967
- S t e i n d o r f f, E.: Zur Novellierung des Kartellrechts,
Betriebs-Berater 1970, 824 - 830
- S u t h e r l a n d, A.: The Monopolies Commission in action,
Cambridge 1970
- T i r p i t z, E.v.: Zehn Jahre Kartellgericht in England, AWD
des Betriebs-Beraters, 1966, 294 - 298
- V ö l k e l, H.: Die Regelung des Wettbewerbs in der Markt-
wirtschaft, Freiburger Dissertation 1971
- W i l b e r f o r c e, R.: The law of restrictive trade
practices and monopolies. By A. Campbell
and N. Elles, 2nd edition, London 1966

II. Materialien:

- A l l g e m e i n e Betrachtungen über Zusammenschlüsse,
Übersetzung der General Observations on
Mergers des britischen Board of Trade,
in: WuW 1971, 114 - 121
- A S u r v e y o f M e r g e r s, 1958 - 1968, Department
of Trade and Industry, London H.M.S.O. 1970
- A u s s c h u ß für Wirtschaftspolitik, Schriftlicher Bericht
über den Entwurf des GWB, BT-Drucksache II/
3644
- B e r i c h t des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß)
vom 13.6.1973 zum Entwurf eines zweiten Gesetzes
zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen - Drucksache 7/76 - BT-Druck-
sache 7/765
- B u n d e s k a r t e l l a m t Tätigkeitsbericht für das
Jahr 1966, BT-Drucksache V/
1950, vom 12.7.1967
- B u n d e s k a r t e l l a m t Tätigkeitsbericht für das
Jahr 1969, BT-Drucksache VI/
950
- B u n d e s k a r t e l l a m t Tätigkeitsbericht für das
Jahr 1971, BT-Drucksache VI/
3570
- B u n d e s r a t Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten
Gesetzes zur Änderung des GWB vom 19.5.71,
in: BT-Drucksache VI/2520, Anlage 2
- B u n d e s r e g i e r u n g Stellungnahme zum Tätigkeits-
bericht des Bundeskartellamtes
für 1971, in: BT-Drucksache VI/
3570
- B u n d e s t a g 4. Wahlperiode, 191. Sitzung, S. 9649
- C l a y t o n A c t, an act to supplement existing laws
against unlawful restraints and monopolies, and for other
purposes, vom 15.10.1914, auszugsweise abgedruckt bei E. Günther
Probleme der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 52,
Köln, Berlin, Bonn, München 1970

C o m b i n e s I n v e s t i g a t i o n A c t (Kanada),
abgedruckt bei E. Günther, Probleme der Fusionskontrolle,
FIW-Schriftenreihe, Heft 52, Köln, Berlin, Bonn, München 1970

G u i d e t o L e g i s l a t i o n o n R e s t r i c t i v e B u s i n e s s P r a c t i c e s ,
OECD, Band III, United Kingdom, Paris

K o n z e n t r a t i o n s e n q u ê t e: Bericht über das Er-
gebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft
vom 5.6.64, BT-Drucksache VI/2320

M e r g e r Guidelines, Richtlinien des amerikanischen Justiz-
ministeriums für die Behandlung von Unternehmens-
zusammenschlüssen, abgedruckt in deutscher und
englischer Sprache bei E. Günther, Probleme der
Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 52,
Köln, Berlin, Bonn, München 1970

M e r g e r s , a guide to Board of Trade practice, London 1969

M o n o p o l i e s and Mergers Act, 1964, abgedruckt in deutscher
und englischer Sprache in: WuW 1972, 300-325

M o n o p o l i e s and Restrictive Practices (Inquiry and
Control) Act, 1948, abgedruckt bei R.
Wilberforce, The law of restrictive trade
practices and monopolies, London 1966, § 1101

O E C D - B e r i c h t über Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1970,
507 - 515

R e f e r e n t e n e n t w u r f eines Zweiten Gesetzes zur
Änderung des GWB vom 20.3.70 und die überarbeitete Fassung vom
28.10.1970, Aktenzeichen: I B 5 - 22 13 53

R e g i e r u n g s e n t w u r f eines Zweiten Gesetzes zur
Änderung des GWB, vom 19.5.1971, BT-Drucksache VI/2520

R e g i e r u n g s e r k l ä r u n g der Bundesregierung
von 1957, Stenographische Protokolle des Deutschen Bundestages,
3. Wahlperiode, 3. Sitzung, 29.10.1957

R e s t r i c t i v e Trade Practices Act, 1956, abgedruckt bei
R. Wilberforce, The law of restrictive
trade practices and monopolies, London
1966; § 1103, Übersetzung in: WuW 1956,
818 - 836

S p i e g e l, Der: Konzerne: Die Konjunkturpolitik versagt,
Nr. 6 vom 31.1.1972

W h i t e Paper on Employment Policy, H.M.S.O., Cmd. 2299,
London 1964

W i s s e n s c h a f t l i c h e r Beirat beim BMWi: Fragen
der Einführung einer Fusionskontrolle, in: Bulletin des Presse-
und Informationsamtes der Bundesregierung, Nr. 25, Bonn 1970

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBI. I S. 1089)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKA	Bundeskartellamt
BoT	Board of Trade
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtshofes
BWM	Bundeswirtschaftsministerium
DB	Der Betrieb
DBP	Deutsches Bundespatent
Diss.	Dissertation
DTI	Department of Trade and Industry
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB (a.F.)	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7. 1957 in der alten Fassung v. 3.1.1966 (BGBI.I S.37)
GWB n.F.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 4.8.1973 (BGBI. I S. 917)
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit

JZ	Juristenzeitung
JfNST	Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik
KE	Konzentrationsenquôte
KK	Konzentrationskontrolle
KNov	Kartellrechts-Novelle 1973, vgl. GWB n.F.
MA	Der Markenartikel
MC	Monopolies Commission
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Monopolkommission
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RefE I	Referentenentwurf vom 20.3.1970
RefE II	Referentenentwurf vom 28.10.1970
RegE	Regierungsentwurf vom 19.5.1971
Rdnr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SchrdVfS	Schriften des Vereins für Socialpolitik
StGB	Strafgesetzbuch
Tz	Teilziffer
VfS	Verein für Socialpolitik
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (bis Bd. 123: und Konkursrecht)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Lebenslauf

Am 5. August 1944 wurde ich als Sohn des Forstmeisters Hans Uhl und seiner Frau Auguste Uhl, geborene Laureck in Tübingen geboren. Ende des Jahres 1944 zogen wir nach Ravensburg um, wo ich von 1950 - 1954 in die Volksschule ging. Ab 1954 besuchte ich das Neue Gymnasium Ravensburg und legte dort im März 1964 die Reifeprüfung ab.

Von 1964 bis 1966 war ich bei der Bundeswehr (Luftwaffe). Im Januar 1966 wurde ich zum Leutnant d. Res. und 3 Jahre später zum Oberleutnant d. Res. befördert.

Im Sommersemester 1966 begann ich mein juristisches Studium an der Universität München. Im Dezember 1970 bestand ich dort das erste juristische Staatsexamen mit der Note "voll befriedigend." Unmittelbar danach setzte ich meine Ausbildung als Rechtsreferendar im OLG-Bezirk München fort. Während dieser Zeit hielt ich mich zum Studium des englischen Rechts und der Rechtsvergleichung jeweils fünf Wochen an den Universitäten Straßburg, Lissabon und London auf.

Derzeit befinde ich mich noch als Referendar in der Ausbildung bei der Regierung von Niederbayern.

München, den 30. November 1973



